UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

De l'Hypothèque sur les Biens indivis

et

de l'Effet déclaratif du Partage

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue

par

EMILE PALENC

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX

PRÉSIDENT : M. BONNECARRERE

SUFFRAGANTS : M.
M.

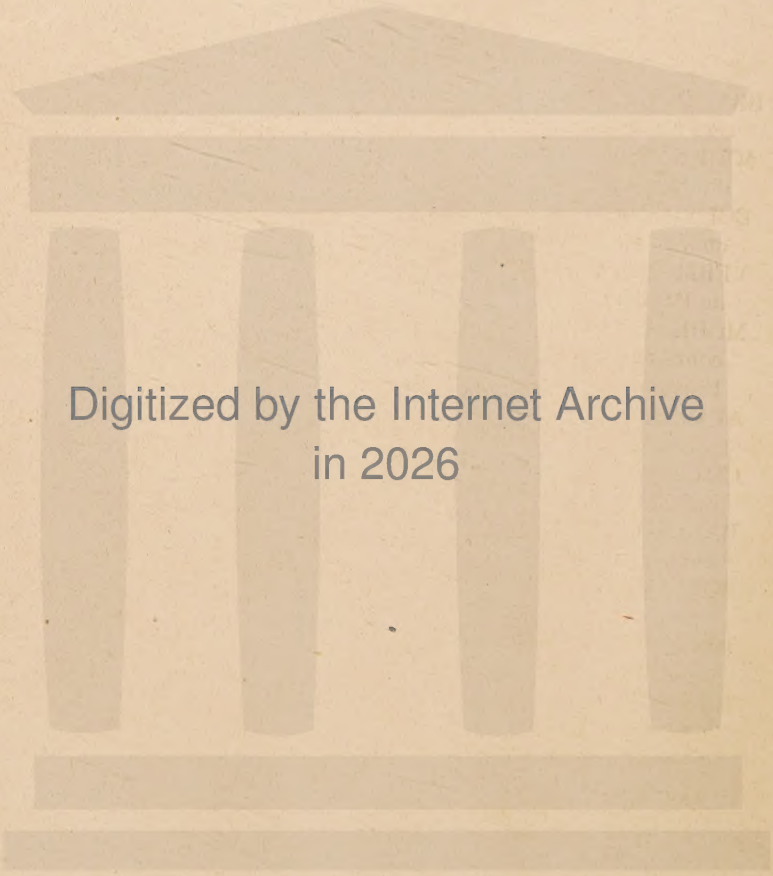
AIX
TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE B. NIEL
Rue Emeric David, 5

1907

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545811_0019

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE

PERSONNEL

MM. BRY, doyen, professeur de Droit Romain, chargé des cours de Pandectes et de Législation Industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit Civil, chargé des cours d'histoire du Droit Privé.

BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit Commercial, chargé du cours de Droit Maritime.

VERMOND, professeur de Droit Romain, chargé du cours de Pandectes.

MOREAU, professeur de Droit Administratif, chargé des cours de Droit Administratif approfondi et de Législation Financière.

AUDINET, professeur de Droit International public et privé, chargé du cours de Droit International (Doctorat).

CÉZAR-BRU, professeur de Droit Civil, chargé du cours de Droit Civil Approfondi.

BABLED, professeur d'Économie Politique, chargé du cours d'histoire de Doctrines économiques.

BONNECARRÈRE, professeur de Législation Criminelle, chargé du cours d'Enregistrement et Notariat.

DELPECH, agrégé, chargé des cours de Droit Public et de Droit Constitutionnel.

RIPERT, agrégé, chargé d'un cours de Droit Civil.

PERROUD, agrégé, chargé des Cours de Procédure Civile et d'histoire du Droit Français (Licence).

RAYNAUD, agrégé, chargé des cours d'Économie Politique et d'histoire du Droit Public.

JOUGLA, secrétaire

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

De l'Hypothèque sur les Biens indivis

et

de l'Effet déclaratif du Partage

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue

par

EMILE PALENC

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX

ACAD. LAMBERT BIBL.

PRÉSIDENT : M. BONNECARRÈRE

SUFFRAGANTS : M.
M.

AIX
TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE B. NIEL
Rue Emeric David, 5

1907

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

AUBRY ET RAU. — Droit civil.

DEMOLOMBE. — Droit civil.

MOURLON. — Répétitions écrites de droit civil.

BAUDRY LACANTINERIE. — Traité théorique et pratique de droit civil.

DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — Cours.

LAURENT. — Principes de droit civil.

REVUES

LABBÉ. — Revue critique, 1885, p. 350.

COLMET DE SANTERRE. — Revue critique, 1864, p. 490.

WAHL. — Revue trimestrielle de droit civil. - Du sort des hypothèques consenties pendant l'indivision vis-à-vis des héritiers créanciers de rapport, 1906, p. 764.

» Livre du centenaire du code civil. - Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage, T. I, p. 441.

GIRAUD. — Revue trimestrielle de droit civil. - De l'effet de la licitation à un étranger précédée ou suivie d'un partage du prix et de rapports en moins prenant en présence d'hypothèques nées pendant l'indivision, 1904, p. 515.

NOTES DE JURISPRUDENCE

Tissier	S. 96, 1, 497.
de Loynes	D. 1908, 1, 17. — D. 1900, 2, 124.
Glasson	D. 96, 1, 369, (3 et 4).
Léon Michel	D. 95, 1, 305.
Appleton	P. F. 95, 1, 353,
Labbé	S. 89, 1, 193.
Wahl	S. 1905, 1, 273. — S. 1905, 2, 89.

INTRODUCTION

La constitution d'hypothèque, moyen de crédit des plus puissants, est un acte courant de nos jours. Elle répond à des intérêts multiples, à celui des propriétaires fonciers, qui, grâce à elle, se procureront facilement les capitaux nécessaires à une meilleure exploitation de leurs fonds, à celui des capitalistes, qui, nantis d'une pareille sûreté, n'hésiteront pas à faire des placements fructueux.

Aussi dans tous les pays du monde, des sociétés de crédit foncier ont été créées, qui ont pour but de prêter aux propriétaires d'immeubles, moyennant une garantie hypothécaire, les sommes qui leur sont utiles. Dans les pays neufs notamment, et depuis quelques années surtout, ces sociétés ont pris un essor considérable.

L'étude de la capacité requise pour hypothéquer, occupe donc une place importante dans le droit civil.

A sa base le législateur français a posé deux principes:

1° Il faut que le constituant soit propriétaire des biens, qu'il s'agit d'hypothéquer ;

2° Il faut qu'il soit capable de les aliéner (art. 2.124).

Mais il faudrait à celui qui voudrait embrasser l'uni-

versalité des questions que soulève cette étude, un ouvrage dont les dimensions ne peuvent être celles du notre.

Aussi, avons-nous jugé bon d'en examiner une seule, peut-être la plus intéressante de toutes, celle de l'hypothèque sur les biens indivis.

L'indivision est la situation juridique dans laquelle se trouvent deux ou plusieurs personnes ayant sur une même chose des droits de même nature, liquidés ou non, mais non encore localisés.

Sa cause est variable :

1° Succession ;

2° Communauté entre époux. La doctrine et la jurisprudence décident que les biens communs deviennent indivis entre le mari et la femme, au moment même où ils tombent dans la communauté ;

3° Société, dans les cas où elle n'a pas la personnalité civile ;

4° Legs conjoint à plusieurs personnes ;

5° Acquisition en commun par deux ou plusieurs personnes n'ayant entre elles aucun lien de société.

Cette situation est en principe provisoire, car ses inconvénients sont nombreux (art. 815) ; mais, si dans certains cas les communistes peuvent demander le partage immédiat, dans d'autres, ils sont obligés d'attendre de longues années avant de pouvoir le faire.

Dans tous ces cas, un des copropriétaires pourra-t-il constituer une hypothèque sur un immeuble indivis ?

Quel sera le sort de cette hypothèque ?

La première question ne nous retiendra pas, l'affirmative étant hors de doute. Certes, un communiste peut hypothéquer un immeuble indivis ; ce droit résulte pour lui de l'article 2125 du Code civil : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. » Et l'inscription sera prise contre le constituant seul.

Mais la seconde, qui est d'un intérêt pratique considérable, nécessite de longs développements, et c'est à elle que nous consacrerons toute notre étude.

En effet, l'efficacité de l'hypothèque comme celle de tous les droits réels consentis pendant l'indivision seront subordonnées au dénouement de cette dernière, c'est-à-dire à la nature de l'acte qui la fait cesser et aux dispositions de cet acte.

L'indivision peut cesser par : un partage pur et simple un partage avec soulte, une licitation, une cession de droits successifs.

1. Partage pur et simple, lorsque l'immeuble étant parfaitement divisible, on en forme des lots égaux, qui sont tirés au sort ou conventionnellement attribués (art. 826).

2. Partage avec soulte, lorsque les lots ne pouvant être rigoureusement égaux, on convient de compenser leur inégalité par une soulte ou « retour soit en argent

soit en rente. » (art. 833) qui sera payée par l'attributaire d'un lot excessif à celui d'un lot trop faible.

3. Licitation, lorsque les communistes, ne pouvant pas ou ne voulant pas opérer entre eux la division matérielle de l'immeuble, doivent le faire mettre aux enchères et adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur. Cette adjudication peut d'ailleurs avoir lieu au profit de deux ou plusieurs communistes conjointement entre eux.

La licitation se fait à l'amiable, quand tous les copropriétaires sont d'accord, présents et majeurs non interdits ; et dans ce cas il est loisible d'appeler ou non les étrangers. C'est la licitation volontaire.

Elle se fait en justice, quand parmi les intéressés se trouvent des mineurs, des interdits ou des absents, ou encore quand l'un des communistes présents et majeurs s'oppose à ce qu'elle ait lieu amiablement ; le concours des étrangers est ici toujours indispensable (art. 1687).

Pour que la licitation conserve le caractère de mode de partage, il faut qu'elle soit tranchée au profit d'un des colicitants. Tranchée au profit d'un étranger, c'est une vente, soumise au droit de vente, à la transcription, et dont le prix est conservé par le privilège du vendeur.

4. Enfin le dernier moyen de sortir de l'indivision est celui qui consiste à attribuer à l'un des communistes la totalité de l'objet sans recourir à l'enchère, en lui en faisant la cession. Mais cet acte, qui est rare, ne peut intervenir qu'entre communistes majeurs et maîtres de leurs

droits. Il peut de plus avoir lieu au profit d'un étranger. C'est alors une vente.

L'acte qui met fin à l'indivision, quel que soit le nom qu'on lui donne, est soumis à l'article 883 : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

En vertu de cette fiction, la loi fait rétroagir le partage au jour de l'ouverture de la succession, et elle décide que chaque copartageant sera considéré comme étant seul héritier du défunt pour tous les biens mis dans son lot, qu'il sera réputé les tenir du défunt exclusivement, et non de ses cohéritiers. Il les aura donc francs et quittes de tous droits sur eux consentis par ces derniers durant l'indivision. Ces droits seront non avenus comme émanant a non domino.

Ce principe de l'effet déclaratif du partage est basé sur un motif d'utilité publique. Il a pour but d'assurer la paix et la tranquillité dans les familles, en écartant tous recours entre copartageants. Et il s'applique aux hypothèques, puisque c'est surtout à cause des hypothèques que le législateur de 1804 l'a consacré, pour empêcher qu'un cohéritier dissipateur, comme disait Lebrun, infecte et gâte tous les lots de ses cohéritiers.

Nous ne parlerons donc pas des conditions générales

de forme et de fonds requises pour la constitution de l'hypothèque.

Nous ne rechercherons pas davantage comment le créancier hypothécaire, au jour de l'exigibilité de sa créance, réalisera son droit, s'il peut saisir l'immeuble hypothéqué et le faire vendre en justice. La question est d'ailleurs résolue par l'art. 2205 du Code civil : « Néanmoins la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage ou la licitation, qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable, ou dans lequel ils ont le droit d'intervenir conformément à l'article 882 du Code civil. » Cette prohibition de mettre en vente entraîne l'interdiction d'accomplir les actes préliminaires à la vente, et par conséquent l'interdiction de saisir.

Mais nous supposerons une hypothèque déjà constituée sur un immeuble indivis. Son sort étant étroitement lié à celui de l'immeuble qu'elle grève, nous examinerons successivement les quatre hypothèses suivantes qui peuvent se présenter lors de la cessation de l'indivision.

Première hypothèse : l'immeuble indivis est attribué, ou adjugé sur licitation, au constituant.

Deuxième hypothèse : l'immeuble indivis est attribué, ou adjugé sur licitation, à un communiste autre que le constituant.

Troisième hypothèse : l'immeuble indivis est attribué,

ou adjugé sur licitation, à plusieurs communistes conjointement.

Quatrième hypothèse : l'immeuble indivis est adjugé sur licitation à un tiers.

Ces quatre hypothèses constitueront autant de parties différentes de notre étude.

PREMIÈRE PARTIE

L'Immeuble indivis est attribué, ou adjugé sur licitation, au constituant

Dans cette hypothèse la situation est très simple : en vertu de l'effet déclaratif du partage ou de la licitation, le constituant sera réputé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble sur lequel il a conféré hypothèque (art. 883). (1).

L'hypothèque sera donc maintenue puisqu'elle a été consentie par le propriétaire, et elle prendra rang à la date à laquelle l'inscription a été prise.

§ I. — *Etendue de l'hypothèque*

Portera-t-elle sur l'immeuble entier ou seulement sur la fraction indivise qui appartenait au constituant lors de l'affectation hypothécaire

La question doit être résolue dans le premier sens s'il s'agit d'une hypothèque légale de l'art. 2121 du Code civil, ou d'une hypothèque judiciaire, car ces hypothèques sont

(1) Demolombe XVII- N° 321-
Aubry et Rau 3e éd. T. 5 § 625, p. 271,

générales et portent sur tous les immeubles présents et sur tous les immeubles à venir du débiteur (art. 2122 et 2123).

Au cas d'une hypothèque conventionnelle, tout dépend de la volonté du constituant, car le principe que le partage est déclaratif rend possible, mais ne rend pas nécessaire l'extension de l'hypothèque à la totalité de l'immeuble affecté. L'étendue de l'hypothèque est donc étroitement liée à l'interprétation des termes du contrat.

Si le débiteur n'a constitué l'hypothèque que sur la portion qui lui appartenait dans l'immeuble indivis, portion qui peut être d'un tiers, d'un quart..., si les termes dont il s'est servi sont catégoriques, et éloignent le moindre doute, il nous paraît évident que, quoiqu'il puisse arriver, et, malgré l'effet rétroactif du partage ou de la licitation, l'hypothèque ne pourra jamais s'étendre au delà de cette portion et frapper la totalité de l'immeuble ; ce résultat serait contraire à la volonté des parties et au principe de la spécialité de l'hypothèque (1). De plus, décider que l'hypothèque frappera l'immeuble tout entier serait aller à l'encontre des droits des créanciers hypothécaires postérieurs, qui, en face d'une première inscription ainsi restreinte, n'ont pas hésité à faire crédit au constituant. Ainsi, si un débiteur commence par hypothéquer seulement sa part, soit la moitié indivise d'un immeuble, et si plus tard, soit après soit avant le partage

(1) Caen 18 août 1871 S. 72. 2. 273. D. 73. 2. 228.

qui lui attribue la pleine propriété de ce dernier, il l'hypothèque à nouveau mais en totalité au profit d'un deuxième créancier, ce deuxième créancier sera colloqué en première ligne sur une moitié et en deuxième ligne sur l'autre moitié du prix de cet immeuble.

Mais si au contraire le constituant, ayant un droit éventuel à la totalité du bien donné en garantie, à entendu hypothéquer éventuellement cette totalité, il est clair que l'evénement se réalisant et la propriété intégrale de l'immeuble lui arrivant, c'est pour le tout que l'immeuble se trouve hypothéqué. C'est l'application des articles 883 et 2125.

Il est donc prudent, quand un débiteur hypothèque des biens indivis, de lui faire consentir expressément cette hypothèque, non seulement sur la portion lui appartenant indivisément dans ces biens, mais même sur tout ou partie du surplus, pour le cas où il en deviendrait propriétaire par la suite, à quelque titre que ce soit.

Reste le cas où l'ensemble des termes de l'acte n'indique pas quelle a été l'intention des parties. Nous estimons que l'on devra décider que l'hypothèque frappe la totalité de l'immeuble, car l'hypothèque dans ce cas étant nécessairement éventuelle , puisqu'elle n'existera pas si l'immeuble n'est pas attribué ou adjugé au débiteur, il est naturel de penser que c'est au résultat de l'éventualité que les parties ont entendu se reporter en traitant, et qu'elles ont voulu créer une hypothèque, qui pouvait devenir efficace pour le tout, comme elle pouvait

réciproquement se trouver nulle pour le tout. La jurisprudence n'a pas été appelée à se prononcer sur la question, mais cette solution paraît conforme à la nature indivisible de l'hypothèque.Ce principe de l'indivisibilité de l'hypothèque est consacré par l'article 2114, qui n'est que la reproduction de cette formule demeurée célèbre et donnée par Dumoulin : « Est tota in toto et tota in qualibet parte ». L'immeuble qu'elle grève est affecté, dans sa totalité et dans chacune de ses parties en paiement de l'intégralité et de chaque fraction de la dette. L'indivisibilité existe en vertu des seules dispositions de la loi, qui l'établit dans l'intérêt du créancier, supposant qu'il n'aurait pas manqué de la stipuler, s'il eût été appelé à s'expliquer sur ce point.

§ II. — *Rang de l'Hypothèque*

Quel sera le rang de l'hypothèque ? Elle prendra rang à la date à laquelle l'inscription a été prise par le créancier. Si l'indivision a cessé par un partage pur et simple, pas de difficultés.

Mais un autre cas se présente souvent : celui où l'indivision cesse par un partage avec soulte à la charge du constituant attributaire de l'immeuble hypothéqué, ou par une licitation à son profit. Le privilège du copartageant garantira le paiement de la soulte ou du prix de licitation. Ce privilège doit-il l'emporter sur l'hypothèque consentie par le cohéritier durant l'indivision et inscrite avant la naissance de la créance privilégiée.

Un auteur, M. Laurent (1) n'hésite pas à déclarer que le créancier hypothécaire doit être préféré au créancier privilégié. Il base sa théorie sur le maintien des droits acquis ; dès l'inscription, dit-il, le créancier hypothécaire a un droit acquis, qui ne peut être méconnu par le copartageant privilégié. « Lors du partage et en vertu du lotissement, l'immeuble grevé du privilège de soulte se trouvait donc démembré au profit du créancier hypothécaire, il est entré ainsi démembré dans le lot du copartageant qui est débiteur de la soulte ; le privilège, qui, de ce chef, affecte l'immeuble, ne peut le grever que dans l'état de démembrement qui résulte de l'hypothèque. »

Un arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1868 (2), s'exprime il est vrai d'une façon presque identique : « L'inscription prise en temps utile a pour effet d'assurer au créancier privilégié, à partir du jour où son droit a pris naissance, la préférence sur toutes les créances même hypothécaires, *qui n'ont pas frappé antérieurement les biens affectés.* »

Mais nous ferons remarquer immédiatement que M. Laurent est seul de cet avis et que l'arrêt précité n'a point fixé la jurisprudence.

Les principes essentiels en matière hypothécaire font en effet triompher l'opinion contraire, qui est celle de la

(1) Princip. de dr. c. T. 30. N° 92.
(2) S. 1868. 1. 255.

majorité des auteurs (1) et que la Cour de cassation a consacrée dans un arrêt du 15 mars 1892 (2). Inscrit dans les soixante jours du partage ou de la licitation (art. 2109), le privilège de copartageant conserve pleinement le droit de préférence dans les rapports du créancier privilégié avec les autres créanciers du débiteur ; et non seulement il prime les créanciers hypothécaires du copartageant attributaire ou adjudicataire inscrits depuis le partage ou la licitation, mais encore ceux qui étaient inscrits auparavant et dont l'hypothèque a saisi l'immeuble au moment même où il est devenu la propriété du débiteur, qu'il s'agisse d'une hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale.

C'est d'ailleurs l'article 2095 qui le dit : « Le privilège est le droit d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires. » De même on trouve dans l'article premier de la loi de brumaire : « Le privilège sur les immeubles est le droit d'être préféré aux autres créanciers quoique antérieurs en hypothèque. » Et cette formule est empruntée à Pothier (Hypothèque n° 6).

Le créancier hypothécaire ne peut invoquer de droit acquis ; on lui a conféré au contraire un droit essentiellement aléatoire et dont le sort est étroitement lié au dénouement de l'indivision. Son droit ne doit porter que

(1) Aubry et Rau. T. 3 p. 124. p. 183.
Baudry et de Loynes. Traité du nant. des priv. et hyp. T. 1. N°s 301, 787, 804, 823, 839.
(2) S. 96. 1. 497 note de M. Tissier. D. 93. 1. 168.

sur l'immeuble qui sera attribué à son débiteur. Or cette attribution a lieu à charge par ce débiteur de payer une soulte à ses copartageants. L'immeuble n'est donc sa propriété définitive qu'après le paiement de cette soulte, qui n'est que l'exécution d'une condition. Et l'inscription du privilège dans le délai fixé par la loi rendra l'exécution de cette condition opposable aux tiers. Cette solution est de toute justice ; tout bien nouvellement acquis ne peut arriver à son maître qu'avec ses charges.

M. Planiol (1) dit qu'on pourrait peut-être aussi expliquer la priorité du privilège du copartageant sur les hypothèques constituées pendant l'indivision en attribuant au partage un effet rétroactif pour les créances qui en résultent, comme pour les attributions de propriété qu'il contient. Les copartageants seraient censés avoir partagé le jour même où l'indivision a commencé, et l'hypothèque qui garantit le partage se trouverait fictivement antérieure à toutes celles qui ont pu être constituées pendant l'indivision. Mais il est inutile d'avoir recours à cette théorie, qui, d'ailleurs, n'est généralement pas admise. La nature du privilège suffit à elle seule pour trancher la difficulté.

Le danger peut être donc grand pour le créancier hypothécaire au cas de vente par expropriation forcée de l'immeuble attribué au constituant. Selon les circonstances, le prix d'adjudication sera à peine suffisant pour

(1) Traité de Droit civil T. 2. N° 3142. Note 1.

acquitter la soulte revenant au copartageant de son débiteur ; il est rare en effet que le privilège qui la conserve n'ait été inscrit dans les 60 jours. Notre créancier conservera une créance chirographaire, mais le plus souvent contre un débiteur insolvable, et son sort sera d'autant plus malheureux que cette soulte, qui en est la cause, a été peut-être le résultat d'une combinaison frauduleuse.

DEUXIÈME PARTIE

L'Immeuble indivis est attribué, ou adjugé sur licitation, à un communiste autre que le constituant

---

CHAPITRE PREMIER

Situation du créancier hypothécaire

Si la propriété se concentre sur la tête d'un communiste autre que le constituant, ce dernier est censé ne l'avoir jamais eue. Il n'a donc pu consentir une hypothèque valable.

Cette solution, déjà exacte dans l'ancien droit (1), est aujourd'hui admise en doctrine (2) comme en jurisprudence. « Attendu, dit un arrêt de la Chambre des requêtes du 16 avril 1888 (3), que ceux qui n'ont sur des immeubles qu'un droit résolu ne peuvent consentir sur ces immeubles qu'une hypothèque soumise à la même condition ; en conséquence, le copartageant d'immeubles indivis, qui sur licitation ont été adjugés à un autre, étant réputé

(1) Pothier de la vente Nos 630, 638, 640.
(2) Aubry et Rau § 625. Demolombe XVII. N° 304. Hue V. N° 439.
(3) S. 88. 1. 216. Agen 28 décembre 96. D. 98. 2. 81.

n'avoir jamais été propriétaire, les hypothèques par lui consenties l'ont été par un individu sans qualité. »

Et il n'y a pas à distinguer entre les hypothèques conventionnelles, judiciaires ou légales ; spécialement l'immeuble héréditaire dont un héritier est devenu adjudicataire n'est pas grevé de l'hypothèque légale de la femme du colicitant (1).

En conséquence le cohéritier adjudicataire ou attributaire a le droit d'exiger la radiation des inscriptions d'hypothèque désormais sans objet, qui ont été consenties par ses cohéritiers sur l'immeuble non compris dans leur lot (2).

Mais le conservateur des hypothèques ne peut les rayer sous la seule représentation du partage ou de l'acte qui constate la résolution de la propriété. L'art. 2157 du Code civil réserve aux créanciers seuls la faculté de se désister de leurs inscriptions « les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées. » Donc, malgré l'extinction de l'hypothèque, l'inscription subsistera et sera mentionnée sur les états hypothécaires, tant que le créancier, ou pour lui la justice, n'en auront donné mainlevée (3) ; la jurisprudence est en ce sens (4).

Quant à l'immeuble échu au constituant en vertu du partage ou de la licitation, sera-t-il frappé par l'hypothè-

(1) Cass. 8 février 1893. S. 95. 1. 173. D. 93. 1. 588.
(2) Cassation 12 janvier 1881. D. 81. 1. 254.
(3) Boulanger. Traité des radiations hypothécaires. N° 416.
(4) Paris 22 février 1859. D. 59. 2. 76.

que, qu'il avait conférée sur celui revenant à son copartageant ? Oui, s'il s'agissait d'une hypothèque générale, non au cas d'une hypothèque conventionnelle.

Ajoutons que, conformément à l'interprétation généralement donnée à l'article 883, l'effet déclaratif du partage et par suite l'anéantissement de l'hypothèque conventionnelle ne se produiront que si l'acte, par lequel le constituant est dépouillé de ses droits dans l'immeuble, fait cesser complètement l'indivision entre les copropriétaires ; si l'indivision ne cesse qu'à l'égard du constituant par suite de la cession de ses droits qu'il fait à un de ses copropriétaires, l'acte constituera une vente, il devra être transcrit ; et l'hypothèque continuera de subsister au profit du créancier auquel il l'a conférée ; et ce dernier pourra demander à être colloqué sur ce prix de vente (1).

Cette règle de la résolution de plein droit des hypothèques ne reçoit exception que pour les navires susceptibles d'hypothèque maritime (2). L'article 17 de la loi du 10 juillet 1885 dit en effet que : « dans tous les cas de copropriété, par dérogation à l'article 883 du Code civil, les hypothèques consenties durant l'indivision par un ou plusieurs des copropriétaires sur une portion du navire continuent à subsister après le partage ou la licitation. Toutefois si la licitation s'est faite en justice dans les formes déterminées par les articles 23 et suivants de la

(1) Cassation 23 avril 1884. S. 84. 1. 209. Cass. 19 mai 1886. S. 87. 1. 113.

(2) Sont seuls susceptibles d'hypothèque les navires de 20 tonneaux et au-dessus, L. 10 juillet 1885, Art. 36,

présente loi, le droit des créanciers n'ayant hypothèque que sur une portion du navire sera limité au droit de préférence sur la partie du prix afférente à l'intérêt hypothéqué. »

Mais cette dérogation à l'article 883 se comprend d'autant mieux que l'hypothèque maritime ne peut être constituée sur une part indivise sans le consentement de la majorité des copropriétaires (art. 220. C. co). Et il est d'ailleurs à remarquer que cet article 17 ne soustrait que partiellement les navires à l'effet déclaratif du partage, puisqu'il ne se prononce que sur le maintien des hypothèques constituées par les communistes ; il admet donc toutes les autres conséquences de l'effet déclaratif.

§ I. —*L'extinction de l'hypothèque entraîne-t-elle la disparition du droit de préférence, comme de droit de suite.*

Une grave question s'est posée au sujet de l'intensité de l'effet déclaratif en notre hypothèse ; l'extinction de l'hypothèque résultant du partage ou de la licitation est-elle absolue, et entraîne-t-elle la disparition du droit de préférence comme du droit de suite ; en d'autres termes, la soulte ou la partie du prix de la licitation revenant au constituant peuvent-elles être considérées comme la représentation de l'immeuble par lui hypothéqué ?

La Cour d'Aix s'est prononcée le 23 janvier 1835 (1)

(1) S. 35, 2, 267.

en faveur de l'affirmative. On trouve encore en ce sens un jugement rendu par le Tribunal civil de Mont-de-Marsan le 13 août 1886 (1).

La Cour d'Aix estime que la règle de l'article 883, en vertu de laquelle les biens de la succession doivent passer entre les mains de chaque héritier, par l'effet du partage ou de la licitation, francs et quittes de toutes charges et hypothèques du chef des autres cohéritiers, n'a été faite que pour les héritiers eux-mêmes et non pour les créanciers personnels de chacun d'eux. Repousser le droit de préférence est en effet améliorer le sort des créanciers chirographaires du constituant, or rien ne leur donne ce droit ; admettre le droit de préférence n'est pas aller, dit la Cour, à l'encontre du but de l'effet déclaratif du partage, qui est la tranquillité et la sécurité des copartageants.

« En sorte que si le cohéritier adjudicataire ne peut pas être recherché d'aucune manière par suite des charges et hypothèques créées par son cohéritier avant le partage, rien n'empêche et ne doit empêcher, qu'alors qu'il s'agit de distribuer entre des créanciers la part d'un cohéritier sur le prix des immeubles de la succession dans un acte de partage, et non encore payée, les créanciers ne soient colloqués d'après leur rang d'hypothèque, et non pas simplement comme cédulaires, parce que, pour eux, il est vrai de dire que le prix représente la

(1) Gaz. du Palais 86. 2, suppl. 83,

chose, et qu'il ne serait pas juste de les priver de leur droit de préférence par application d'un article qui n'a pas été fait pour eux ; que d'ailleurs rien ne répugne à ce que l'hypothèque soit éteinte par rapport à l'immeuble qui est passé dans les mains du cohéritier adjudicataire, et néanmoins qu'elle subsiste encore sur le prix non payé, puisque la purgation d'hypothèque opère le même résultat et qu'on en trouve un bel exemple dans l'article 2186 du Code civil. »

Ainsi cet arrêt distingue, d'une part les rapports des créanciers du constituant entre eux, et d'autre part leurs rapports avec l'héritier adjudicataire ; ces derniers seulement seraient régis par l'article 883. Mais cette distinction, qui serait très pratique, et qui paraît même raisonnable, n'a aucune base juridique.

Certains auteurs enseignent cette solution.

MM. Aubry et Rau (1) allèguent d'abord que la soulte ou la portion du prix de licitation attribués au cohéritier, qui a hypothéqué sa part indivise dans un immeuble héréditaire, ne sont pas des valeurs de la succession, qu'il est donc impossible de leur appliquer la fiction de rétroactivité établie par l'article 883 — Ils ajoutent que le droit de préférence n'est pas si intimément lié au droit de suite qu'il ne puisse lui survivre.

Or ces deux considérations ne nous paraissent pas décisives. Dans quelques cas limitativement déterminés,

(1) VI. p. 563. § 625.

le droit de préférence peut survivre au droit de suite, mais le notre n'est pas du nombre. Il faudrait pour cela un texte formel, comme les articles 2195 et 2198 du Code civil, 717 et 772 du Code de procédure civile. Il faudrait que l'on puisse prendre inscription, bien que l'immeuble soit sorti erga omnes du pâtrimoine du débiteur. — De plus la soulte et le prix de la licitation, dont le paiement est garanti par le privilège du copartageant, et non par celui du vendeur, sont essentiellement des valeurs dépendant de la succession, et le constituant, auquel ils sont attribués, doit être considéré comme les tenant directement du défunt.

M. Labbé dans un article de la Revue critique, année 1885. p. 350 invoque des arguments de justice en faveur de cette solution « Il suffit, pour atteindre le bût de sécurité que poursuit le législateur dans l'article 883, de désarmer les créanciers inscrits du droit de suite, du droit de saisie et du droit de surenchère. » En effet la propriété est purgée; peu importe à l'adjudicataire ou à l'attributaire de payer son prix ou sa soulte aux colicitants ou à leurs créanciers. Les obliger à se libérer aux mains de ces derniers et en suivant l'ordre des inscriptions hypothécaires ne nuit en rien à la stabilité de leur propriété. Où est l'inconvénient; il n'y a que des avantages.

M. Colmet de Santerre est également de cet avis (1).

(1) Revue Critique XXVI. 1864. p. 490.

Ce système serait certainement acceptable et désirable en législature. Aussi la loi belge du 15 Août 1854 l'a-t-elle consacré. Son article 2 dispose : « En cas de lici-« tation, et, quel que soit l'acquéreur autre que le « colicitant, dont la part indivise se trouvait grevée d'hy-« thèque, le droit du créancier hypothécaire sera « reporté sur la part du débiteur dans le prix. »

Souhaitons que le législateur français suive cet exemple. Il a d'ailleurs déjà, en matière hypothécaire, voté une réforme analogue. La loi du 19 février 1889 permet au créancier hypothécaire d'exercer son droit de préférence sur l'indemnité due par l'assureur, au cas d'incendie de l'immeuble grevé. Or, sous l'empire du Code civil seul, le créancier hypothécaire ne peut exercer son droit de préférence ni sur cette indemnité, ni sur la soulte dûe à son débiteur par son copartageant attributaire de l'immeuble par lui hypothéqué. Dans les deux cas, l'hypothèque s'éteint par la perte de la chose, perte réelle d'un côté, perte de la propriété de l'autre, et par suite disparaît aussi le droit de préférence qui y est attaché. N'y a-t-il pas identité absolue entre les deux hypothèses ?

L'on a trouvé qu'il était juste que l'indemnité, qui représente dans le patrimoine du débiteur la chose périe, serve d'abord à désintéresser les créanciers qui avaient un droit de préférence sur cette chose. Autrement le sinistre profitait aux autres créanciers du débiteur, qui venaient sur l'indemnité au marc le franc avec les créan-

ciers hypothécaires, alors qu'ils auraient été primés par ceux-ci sur le prix de la chose si elle avait existé encore dans le pâtrimoine. Et voilà pourquoi l'article 2 de la loi de 1889 décide que « les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie... sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. »

Pareille réforme est absolument nécessaire en notre hypothèse. Mais en attendant, et dans notre droit positif actuel, la thèse de MM. Aubry et Rau est difficilement soutenable. Par l'effet de la licitation ou du partage le communiste non attributaire est réputé n'avoir jamais eu la propriété de l'immeuble hypothéqué. Comment, dès lors, pourrait-il conserver sur cet immeuble, ou, ce qui revient au même, sur son prix, un droit quelconque. Il ne peut y avoir de droit de préférence résultant d'une hypothèque, alors qu'il n'y a pas d'hypothèque. Ce serait, lit-on, dans maints arrêts de Cours d'appel « un droit « hypothécaire sans hypothèque, c'est-à-dire un effet « sans cause. » (1)

Cette solution est celle de Demolombe (2). Elle résulte d'ailleurs pleinement de l'article 2125 du Code civil, qui dit que ceux, qui n'ont sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux

(1) Aix 3 mars 1888. Goz. Pal. 88, 2, 412.
(2) XVII, n° 320.

mêmes conditions; or, le cohéritier n'avait sur l'immeuble héréditaire durant l'indivision qu'un droit résoluble, qui s'est trouvé résolu par le résultat du partage ; donc, l'hypothèque qu'il avait concédée a été résolue du même coup, et de la même manière qu'elle n'a pu produire de droit de suite, elle n'a pu davantage produire de droit de préférence.

L'article 2125 n'est lui-même qu'une forme d'une règle plus générale, toujours applicable, puisque c'est un principe de droit naturel. « Nemo plus dare potest quam ipse habet. »

C'est en ce sens qu'est immuablement fixée la jurisprudence. Paris 11 janvier 1867. (S. 67. 2. 258). Angers 8 mars 1876 (S. 77. 2. 169). Caen 18 mai 1877 (S.78. 2. 141. D. 78.2. 185). Pau 28 avril 1887 (S. 87. 2. 125. (Voici comment s'exprime cette dernière Cour d'appel : « Attendu, qu'avec les hypothèques disparaît le droit de suite sur l'immeuble, et aussi le droit de préférence sur le prix, qui n'est que la conséquence de l'hypothèque ; que celle-ci, disparaissant comme ayant été consentie par quelqu'un qui n'a jamais été d'après la loi propriétaire de l'immeuble grevé, le droit de préférence qui en est le corollaire ne saurait subsister ; que dès lors, les hypothèques et leurs conséquences légales disparaissant, les créanciers qui les avaient obtenues soit judiciairement, soit volontairement, deviennent de simples créanciers chirographaires appelés à concourir avec les autres créanciers de même nature. » Et la Cour de Cassation, Chambre

des Requêtes, a rejeté le 16 avril 1888 le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour de Pau (1).

§ II. — *Conséquences de la disparition du droit de préférence*

Cette jurisprudence, qui s'impose tant que l'on demeurera sous l'empire du Code civil, est très juridique, mais elle blesse considérablement l'équité.

La première conséquence est que la soulte de partage ou la portion du prix de licitation attribuées au constituant vont être distribuées au marc le franc entre tous ses créanciers. Et notre créancier hypothécaire, qui a prêté une somme d'autant plus forte, qu'il en croyait le remboursement assuré par la garantie donnée, risque fort de ne pas rentrer dans ses fonds.

Autre conséquence plus grave, et qui montre combien la fraude peut s'exercer en notre matière. Primus emprunte deux mille francs, par exemple, à Secundus, et affecte à la garantie du remboursement de cette somme sa part indivise dans un immeuble déterminé, et l'inscription est prise. Puis l'immeuble indivis est licité, et prévoyant l'issue de l'opération, un créancier chirographaire de Primus exige de lui une cession ferme de sa part dans le prix de licitation ; il n'oubliera pas de signifier la cession aux divers communistes, et, au jour

(1) S. 88, 1, 216. D. 88, 1, 249.
Agen, 28 décembre 1896. D. 99, 2, 81.

du règlement, il touchera directement le prix à lui cédé, qui suffira peut-être à peine pour le désintéresser, en sorte que Secundus, dont l'hypothèque est résolue, et qui ne jouit d'aucun droit de préférence, sera frustré. Cette cession, Primus peut la faire quand bon lui semblera, la veille même du réglement, et avec un complice. Ainsi donc, voila notre créancier hypothécaire absolument livré à la bonne ou mauvaise foi de son débiteur, qui d'un trait de plume peut réduire sa créance à néant.

Le mal serait dans certains cas diminué, si, invoquant les articles 1188 ou 2131 du Code civil, notre créancier pouvait demander soit de nouvelles garanties, soit le remboursement immédiat de sa créance. Mais la Doctrine (1) est en général contraire à cette prétention et elle peut s'appuyer sur un arrêt de la Cour de Caen du 25 février 1837 (2). En l'espèce, dit-elle, l'article 1188 serait inapplicable pour deux motifs : d'abord, le créancier hypothécaire, au moment de la formation du contrat, connaissait fort bien les risques auxquels il s'exposait, cette diminution de garantie étant inhérente à la nature de la chose, le créancier a dû en prévoir l'éventualité. De plus, pour que la déchéance du bénéfice du terme soit encourue, l'article 1188 exige que ce soit par le fait du débiteur que les suretés aient été diminuées. Or l'attribution, par voie de tirage au sort ou de licitation, de

(1) Demolombe. Oblig. T. 2, n°• 680-688. — Dallos. Jurispr. gén.
(2) D. J. G. Priv. et hyp., n° 1348.

l'immeuble hypothèqué au profit d'un autre que le constituant ne supposent pas le fait du débiteur ; normalement, il est absolument étranger au résultat de ces opérations ; le hasard préside au tirage au sort, la licitation peut être nécessaire.

Malgré ces arguments, la Cour de Paris le 13 février 1858 (1), et la Cour de Bordeaux le 14 février 1871 (2), ont déclaré le communiste débiteur déchu du bénéfice du terme, par application de l'article 1188. Ce dernier arrêt ajoute même, que le tribunal, n'avait pas à rechercher, si un concert frauduleux avait motivé l'attribution des lots, ou si la licitation était indispensable ou inutile, que la seule diminution des suretés données par le débiteur au créancier suffit pour rendre le paiement exigible, et motiver la déchéance du terme.

C'est à notre avis plutôt à des considérations de fait que ces Cours d'appel ont cédé.

Pour préserver ses droits, le créancier hypothécaire est donc obligé de veiller, non seulement aux actes que fait son débiteur après la constitution d'hypothèque, mais aussi et surtout à la façon dont il est procédé au partage.

Durant cette opération, son débiteur, de connivence avec les autres communistes, peut se livrer à toutes sortes de manœuvres frauduleuses. La principale consistera à mettre l'immeuble par lui hypothèqué pendant l'indivision au lot de son cohéritier. Afin de léser encore mieux

(1) D. 58, 2, 57. — (2) D. 73, 2, 22.

ses créanciers, on pourra encore : 1° composer le lot du constituant de valeurs sur lesquelles ceux-ci n'auront pas d'action, ou de valeurs faciles à dissimuler, comme de l'argent comptant, des titres au porteur. 2° Attribuer à ce cohéritier un lot moins fort qu'aux autres, sauf à rétablir l'égalité par des actes occultes. 3° le soumettre à un rapport qu'il ne doit pas ; 4° attribuer à ses copartageants des prélèvements sans cause ; 5° ou bien encore, si l'on attribue au constituant un immeuble, celui qu'il a hypothèqué ou un autre, le grever d'une soulte exagérée ou indue. Sans doute, ainsi que nous allons le voir, les créanciers ont le droit de s'opposer, en vertu de l'art. 882, à ce qu'il soit procédé au partage hors leur présence, mais ce droit sera souvent illusoire, les copartageants pouvant profiter de leur ignorance ou de leur éloignement, pour confectionner un partage, avant qu'ils aient été mis à même de prendre leurs précautions, ce qui leur sera surtout facile s'ils sont tous majeurs et capables.

Il serait téméraire de tenter une énumération complète de toutes les fraudes, auxquelles peuvent se livrer les communistes. Il est plus intéressant et plus pratique d'étudier les moyens que l'on peut employer pour les prévenir.

CHAPITRE II

Divers moyens pour le créancier hypothécaire d'éviter les dangers qui le menacent.

Section I

PREMIER MOYEN

Intervention de tous les communistes dans le contrat d'affectation hypothécaire.

La meilleure précaution pour le créancier, auquel une hypothèque conventionnelle est offerte sur un immeuble indivis, consiste à exiger que l'affectation hypothécaire soit consentie par tous les communistes, à la garantie du remboursement de la somme par lui prêtée à l'un d'eux. Ils figureront à l'acte, soit comme étant tous débiteurs solidaires, soit, le communiste emprunteur comme débiteur principal, et les autres comme ses cautions hypothécaires. L'inscription sera requise contre tous les communistes, et elle s'exercera contre celui qui en définitive restera détenteur de l'immeuble. Elle portera sur cet immeuble tout entier, ce qui sans aucun doute est l'intention des parties, tous les communistes ayant concouru à l'acte.

Le concours à l'acte vaut, pour chaque communiste, engagement de s'abstenir de tout fait attentatoire à la

garantie promise, et l'interdiction en faveur du créancier de l'exercice ultérieur de droits soit actuels soit éventuels, de nature à restreindre ou neutraliser les effets de l'affectation hypothécaire. En conséquence, au cas d'attribution de l'immeuble à un autre qu'au débiteur principal ou même à ce débiteur, si un des autres communistes a en vertu du partage le droit d'exiger une soulte en espèces dudit attributaire, il ne pourra, malgré son privilège de copartageant inscrit en temps utile, primer le créancier inscrit.

De même, au cas de licitation, les autres colicitants ne pourront pas préférablement à sa créance exercer leur privilège, et pas davantage subroger quelqu'un dans l'effet de ce privilège. On trouve en ce sens un arrêt de la Cour de Limoges du 22 novembre 1862 (1). Un immeuble, indivis entre deux propriétaires, avait été hypothèqué par eux pour la garantie d'une même dette. L'un d'eux céda ses droits à l'autre. S'il avait fallu s'en tenir à la fiction légale, le copropriétaire cédant aurait dû être considéré comme n'ayant jamais eu la propriété de l'immeuble, et par suite, l'hypothèque primitivement consentie étant anéantie, le privilège de copartageant conservant le prix de la cession aurait pu être exercé au préjudice du créancier hypothécaire. Le contraire a été avec raison décidé.

En somme, ce moyen assure une sécurité absolument

(1) S. 63. 2. 83.

complète à notre créancier, rien ne peut venir compromettre sa situation. L'écueil, c'est la difficulté de réunir le consentement de tous les copropriétaires. Voudront-ils s'engager pour autrui. Au cas où ils le voudraient, le pourront-ils ; parmi eux se trouveront souvent des incapables, notamment des femmes dotales.

Aussi est-il difficile d'employer ce procédé.

Section II

DEUXIÉME MOYEN

Transport par le constituant de sa part éventuelle dans les soultes de partage et prix de licitation. — Interdiction de procéder à ces actes sans y appeler le créancier hypothécaire.

Ce moyen est adopté par le corps notarial depuis de longues années, et il est rare qu'on ne le trouve mis en pratique dans un acte d'obligation avec hypothèque sur des biens indivis.

§ I. — *Du transport des soultes de partage et de licitation*

Il consiste d'abord à ajouter à la constitution d'hypothèque, le transport par le communiste au profit de son créancier, du montant des soultes du partage et de la portion des prix de licitation auxquels il pourrait avoir droit. On fait même souvent consentir par ce dernier, et subsidiairement, pour le cas où par une cause quel-

conque ces soultes et portions de prix seraient insuffisants, une cession des sommes créances et valeurs effectives de toute nature, qui lui seraient attribuées parmi celles dépendant de la succession — le tout jusqu'à concurrence de la somme empruntée.

Bien entendu, le créancier sera autorisé aux termes de l'acte à toucher ces soultes et prix de licitation, et subsidiairement ces sommes et valeurs, sur ses simples quittances, *par préférence et antériorité au cédant et à tous futurs cessionnaires*. Et, à cet effet, il sera subrogé dans tous les droits, actions et privilèges de ce dernier contre tous débiteurs.

L'utilité de ce transport est manifeste : Si l'immeuble hypothéqué vient à être attribué ou adjugé à un autre communiste que le constituant, le créancier, malgré la nullité de son hypothèque, résultant de l'article 883 et consacrée par la jurisprudence actuelle, n'en aura pas moins un droit de préférence sur les soultes de partage et prix de licitation revenant à son débiteur. Il ne sera pas payé comme un créancier hypothécaire dont le droit de préférence a survécu au droit de suite, mais à titre de simple créancier chirographaire, cessionnaire par préférence à tous autres de sommes dues au constituant. Sa créance profitait d'une double garantie : la première s'est évanouie par l'effet déclaratif du partage, mais les conséquences néfastes de cette disparition sont pleinement écartées par l'existence de la seconde.

Et ce supplément de garantie, ce moyen de crédit pour

un communiste et de sécurité pour un prêteur de deniers, n'est autre qu'un contrat de transport de créance régi par les articles 1689 et suivants du Code civil.

Ce contrat est-il possible en l'espèce, car une cession ne devient parfaite et opposable aux tiers, que par l'accomplissement de l'une des formalités prescrites par l'article 1690. La première consiste dans la signification du transport au débiteur cédé ; la deuxième dans l'acceptation du transport faite par ce débiteur dans un acte authentique.

Où est le débiteur cédé ? Celui qui devra payer la soulte ou le prix de licitation est inconnu lors de la cession ; donc le transport est impossible ou tout au moins inefficace, objecte-t-on immédiatement.

Mais l'impossibilité n'est qu'apparente ; et c'est précisément l'article 883 qui la supprime. Chose curieuse, l'on veut éviter en notre hypothèse les conséquences de l'effet déclaratif du partage, et c'est cet effet déclaratif lui-même qui en fournit le moyen.

L'ignorance du débiteur au moment de la passation du contrat n'a ici d'autre inconvénient, que d'obliger le créancier cessionnaire à signifier le transport à tous les copropriétaires du constituant ; celà fait, au jour de la licitation ou du partage, comme il se trouve que le créancier hypothécaire a, dès avant ces opérations, « notifié son transport à celui qui est en définitive devenu adjudicataire ou attributaire de l'immeuble hypothéqué, ce dernier étant présumé d'après l'article 883 en avoir

toujours été propriétaire, et par conséquent avoir toujours été seul débiteur de la soulte ou du prix de licitation transportés ou cédés ; la signification doit produire effet *à sa date même puisqu'elle a, en réalité été faite à celui qui par l'évènement de la licitation est réputé avoir été propriétaire et débiteur au moment où elle a eu lieu.* » (1)

La solution ne fait aucun doute et le procédé est aussi légal que facile. La créance cédée est, il est vrai, éventuelle et indéterminée, mais ce ne sont point là des obstacles. Aux termes des articles 1130 et 1168 du Code civil les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation, et l'on peut transporter valablement une créance soumise à une condition suspensive.

Malheureusement notre créancier hypothécaire, une fois ce transport consenti et signifié, n'obtiendra pas toujours une sécurité complète. En effet, souvent un même débiteur aura consenti, au profit de divers de ses créanciers hypothécaires ou chirographaires, et à concurrence de la créance de chacun d'eux, plusieurs cessions successives des soultes de partage et prix de licitation pouvant lui advenir. C'est alors la date des significations du transport qui déterminera l'ordre des préférences (1).

Le conflit est encore possible, entre notre créancier hypothécaire cessionnaire et des créanciers ayant fait

(1) Cassation civ., 26 mai 1886. S. 86, 1, 256.
Orléans, 1er mars 1873. S. 73, 2, 300.

opposition au partage. Nous allons étudier plus loin l'opposition à partage, et nous verrons que la jurisprudence la plus récente confère à l'opposant un droit de préférence sur les opposants et cessionnaires postérieurs. Donc pour résoudre la difficulté, au cas de concours d'opposants et de cessionnaires, c'est la date des significations et des oppositions qu'il faudra considérer.

Toutes ces questions de concours de divers créanciers peuvent se présenter dans des espèces fort embrouillées, et donner naissance à de nombreux procès.

Il y a donc toujours un inconvénient inévitable. Des transports ou oppositions peuvent avoir été signifiés antérieurement à la cession consentie à notre créancier hypothécaire. Et il n'aura même aucun moyen de se renseigner d'une façon certaine. Il est vrai que le plus souvent le transport aura été précédé d'une affectation hypothécaire, et, qu'alors on en trouvera la mention dans l'inscription.

Néanmoins, il est prudent d'avoir recours à ce supplément de garantie, qui, dans la plupart des cas donne d'excellents résultats.

§ II. — *De l'interdiction de procéder à un partage ou à une licitation hors la présence du créancier.*

Au transport de la soulte ou du prix de licitation, on a l'habitude d'ajouter dans la pratique l'engage-

ment pris par le débiteur de ne procéder à aucun partage ni licitation sans y appeler le créancier. Cet engagement, dès sa signification aux autres communistes, vaut l'opposition au partage, ainsi que nous le verrons. Il permet donc d'abord au créancier d'assister aux opérations de partage, et de plus, il est pour ainsi dire le complément nécessaire du transport qui le précède. En effet, il ne servirait à rien d'être cessionnaire d'une créance éventuelle si après sa naissance elle pouvait devenir irrecouvrable. Or notre créancier grâce à la connaissance inévitable qu'il aura de la date du partage ou de la licitation, puisqu'il sera sommé d'assister à ces opérations, pourra requérir en temps utile l'inscription du privilège de copartageant nécessaire pour la conservation de sa créance.

Il ne suffit pas en effet d'être cessionnaire d'une soulte de partage ou d'un prix de licitation ; il faut encore dans les 60 jours de ces opérations faire inscrire le privilège qui doit conserver ces sommes, si non, l'on risque fort d'être primé par des créanciers hypothécaires ou des concessionnaires plus diligents. L'art. 2109 est applicable à notre créancier, car pour la créance cédée il est aux droits de son auteur. Le créancier cessionnaire est tenu des mêmes obligations que le débiteur cédant ; ce dernier pour conserver son droit de préférence aurait eu 60 jours à compter du partage ou de la licitation pour faire inscrire son privilège, faute de quoi il serait venu comme un simple créancier hypothécaire au rang fixé par son

inscription. Le cessionnaire est dans une situation identique.

Le deuxième moyen, dont nous avons ainsi terminé l'étude, est donc susceptible d'améliorer considérablement le sort du créancier hypothécaire sur des biens indivis. Mais il nécessite l'accord des parties. Au cas où cet accord est impossible, notamment au cas d'hypothèque judiciaire, c'est à l'opposition que le créancier devra avoir recours.

Section III

TROISIÈME MOYEN

De l'opposition et de l'intervention dans les partages.

Ce droit est écrit dans l'article 882 du Code civil. « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors leur présence ; ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais, mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au mépris d'une opposition qu'ils auraient formée. »

Cet article déroge en faveur des créanciers des copartageants au principe qui ne permet pas aux créanciers d'intervenir dans les actes que fait leur débiteur, sauf à les attaquer ensuite, s'ils ont été faits en fraude de leurs droits. Il substitue le moyen préventif au moyen repressif.

Son but est de permettre aux créanciers de prévenir les fraudes qui peuvent être commises à leur détriment, en assistant au partage pour en surveiller les opérations.

§ 1. — *Formes de l'opposition et de l'intervention.*

La loi n'a pas déterminé les formes de l'opposition. Elle peut donc être formée par acte extrajudiciaire, mais cet acte doit être signifié à tous les copartageants indistinctement, il ne suffirait pas qu'il le fut seulement, soit à celui qui se trouve être le débiteur de l'opposant, soit à quelques uns des autres. C'est là le principe ; si l'opposition n'avait été signifiée qu'à quelques uns des copartageants, l'opposition devrait en effet être considéré comme non avenue ; car le partage, ne pouvant être rescindé pour partie, serait valable à l'égard de ceux auxquels l'opposition a été signifiée, comme à l'égard de ceux à qui aucune signification n'a été faite (1). L'acte extrajudiciaire doit énoncer le titre de la créance et même en contenir la copie. Le créancier doit y déclarer, que conformément à l'art. 882, il s'oppose à ce qu'il soit procédé à aucun partage hors sa présence.

Mais, d'après l'opinion dominante en jurisprudence et adoptée par quelques auteurs, la signification générale ne serait pas nécessaire s'il était prouvé, même par des

(1) Cass. 16 nov. 1836. S. 36, 2, 900.
Demolombe.
Aubry et Rau.

présomptions graves, précises et concordantes, que l'opposition signifiée à quelques uns des copartageants a été connue de tous, le partage pourrait alors être annulé, dans le cas où il préjudicierait aux droits de l'opposant, car il serait tout entier l'œuvre de la mauvaise foi (1). Il a été ainsi jugé qu'il n'était pas nécessaire que l'opposition soit signifiée au copartageant à l'égard duquel elle a été formée, alors qu'elle a été signifiée à ses cohéritiers, et que cette opposition était notoire et connue du copartageant débiteur (2).

La jurisprudence tend même de plus en plus à admettre que cette opposition peut être remplacée par des actes équipollents. D'abord il est absolument admis que, dans tous les cas, équivaut à une opposition à partage la notification faite par le créancier au cohéritier de son débiteur d'un acte par lequel celui-ci s'est obligé à ne pas procéder au partage des biens indivis entre eux sans la présence du créancier (3). C'est là d'ailleurs le moyen le plus souvent employé par la pratique au cas d'hypothèque conventionnelle. Nous en avons parlé ci-dessus.

La signification individuelle peut aussi être remplacée par une simple opposition à la levée des scellée faite au

(1) Alger, 23 janxier 93. S. 93, 2, 284. D. 83, 2, 428.
Trib. civ. Seine, 30 janvier 96. Loi 4 février 96.
(2) Cass., 18 février 1862. D. 62, 1, 224.
(3) Alger, 10 avril 94. D. 94, 1, 462.
Cassation civile, 90. S. 98, 1, 401.
Lepelletier. Rapport sous Cass. req., 4 février 89. D. 89, 1, 313, S. 90, 1, 21.

greffe de la justice de paix, tous les cohéritiers se trouvant saisis par ce moyen de la demande du créancier (1). Cette opposition doit être faite dans la forme prescrite par les articles 926 et 927 du C. pr. c.

Mais l'on se refuse à admettre comme équivalente à une opposition une inscription hypothécaire prise sur les immeubles de la succession par le créancier d'un cohéritier. Si l'inscrivant, dit-on, manifeste en effet qu'il entend avoir un droit de préférence et de suite sur l'immeuble pour le cas où il tomberait au lot de son débiteur, rien n'indique qu'il est résolu à intervenir au partage. Ce serait de plus forcer les communistes à requérir un état hypothécaire du chef de chacun d'eux avant de procéder à un partage. Signalons à ce sujet le désir exprimé par la Cour de Rennes lors de l'enquête hypothécaire de 1841, qu'un article de loi décidât que l'inscription d'hypothèque vaudrait opposition à tout partage. Nous estimons que cette réforme serait bonne. Ce serait faciliter la tâche du créancier, et il n'y aurait rien d'excessif à obliger ainsi les communistes à se renseigner sur la situation hypothécaire de chacun d'eux. Ne pourrait prendre inscription que le créancier nanti d'une hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale ; le créancier chirographaire seul aurait recours à l'opposition.

(1) Paris, 10 juin 1858, S. 59, 2, 161.

La forme de l'intervention n'est pas plus réglée que celle de l'opposition.

§ II. — *Recevabilité de l'opposition et de l'intervention*

L'opposition est recevable tant que le partage n'est pas consommé, c'est-à-dire tant que la répartition des biens n'est pas définitive à l'égard de tout le monde.

Jusqu'à l'homologation le partage judiciaire n'est pas consommé.

Le partage amiable ne le sera que s'il a date certaine (art. 1328) ; et la cession de droits successifs que si elle a été signifiée à tous les cohéritiers (art. 1690).

§ III. — *Effet de l'opposition*

Il est unanimement admis que l'effet de l'opposition est personnel, en ce sens qu'il est restreint à celui qui l'a formée, et que les autres créanciers, s'ils veulent aussi être appelés au partage, sont tenus de former à leur tour de nouvelles oppositions (1).

Mais quel sera l'effet immédiat de l'opposition pour celui qui l'a formée ?

Pour MM. Baudry Lacautinerie et Wahl (2), son seul effet sera d'empêcher qu'il ne soit procédé au partage

(1) Cass. civ., 6 juillet 58 — S. 59, 1, 247.
Paris, 23 décembre 97 — D. 98, 2, 488.
(2) T. 3, n° 3234.

hors la présence du créancier opposant ; elle ne met pas obstacle à la cession de droits successifs, ni à la mise en gage, ni à tout autre acte de disposition fait par le débiteur. La cession de sa part dans l'hérédité, par lui faite à des tiers de bonne foi, serait donc valable.

Dans l'opinion dominante au contraire, avec MM. Aubry et Rau, Demolombe, la Cour de cassation et la majorité des Cours d'appel (1), l'opposition opère une sorte de mainmise qui ne permet plus à l'héritier débiteur de disposer au préjudice du créancier de la portion des biens, que le partage doit lui attribuer. Et la cession de ses droits, par lui faite à un de ses communistes ou à un tiers quelconque, sera sans effet à l'égard du créancier opposant, si elle est postérieure à son opposition.

La différence est donc grande entre les deux solutions, et nous approuvons celle donnée par la Cour de cassation.

« Le législateur a voulu, dit M. Demolombe, par l'article 882 accorder au créancier une garantie sérieuse et efficace. Or, cette garantie ne serait, suivant nous, ni efficace ni sérieuse, s'il dépendait du débiteur d'en éteindre l'effet, comme bon lui semblerait, en arrière du créancier et sans sa participation. Vraiment, la loi qui tolérerait de telles pratiques aurait fait au créancier un rôle de dupe. »

(1) Cass. civ., 30 juillet 1895. D. 96, 1, 369 avec rapport de M. le conseiller Faye.
Cass. civ., 19 juillet 1899. D. 1900, 1, 17, note de Loynes.

On répond, il est vrai, que si la cession a été faite en fraude du créancier opposant, celui-ci aura la ressource de l'article 1167 et qu'il pourra en demander la nullité (1).

Mais cette ressource est incertaine, et il serait toujours difficile de fournir la preuve de la fraude. Enfin, si l'on autorise la cession, le but de l'article 882 est absolument manqué.

La jurisprudence a donc une tendance de plus en plus marquée, à décider que l'opposition met obstacle à ce que le copartageant débiteur puisse disposer de ses droits dans l'indivision, au préjudice des opposants.

Elle donne ainsi une véritable efficacité à l'opposition, et un droit de préférence au créancier opposant. Et si l'on prend l'hypothèse suivante : Primus a hypothéqué au profit de Secundus sa part indivise dans un immeuble, et de plus il a cédé à Secundus la portion du prix de licitation susceptible de lui revenir. Cette cession est rendue parfaite à l'égard des tiers par la signification à tous les communistes. Mais antérieurement audit acte un créancier avait formé opposition au partage, et postérieurement une autre opposition est survenue. L'immeuble ayant été licité, comment distribuer le prix ? Par application de la jurisprudence actuelle, on estimera la cession valable, mais sous la

(1) Douai 1890. D. 92, 2, 27.
Dissertation de M. Glasson. D. 96, 1, 369, notes 3 et 4.

réserve toutefois du droit du créancier opposant antérieur. En conséquence, ce dernier, en vertu de son droit de préférence, commencera par prélever la somme qui lui est due, et le surplus sera attribué à Secundus à concurrence de sa créance, et sur ce qui restera seulement sera payé le deuxième créancier opposant. L'opposition produit ainsi en quelque sorte l'effet d'une saisie arrêt.

L'opposition régulièrement formée rend le créancier opposant partie nécessaire dans le partage. Il doit donc être sommé, dès le début de la procédure, d'assister aux opérations du partage, de surveiller et faire valoir ses droits, et cette sommation doit être renouvelée avant chacune des opérations. La Cour de cassation (1) au contraire, estime qu'une mise en demeure initiale suffit, et que les copartageants ne sont pas tenus de dénoncer à l'opposant chaque acte de la procédure.

Le créancier opposant ou intervenant a un droit de surveillance, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de ses droits. Mais, il ne peut pas imposer sa volonté aux parties copartageantes, de telle façon que l'opération ait lieu dans les conditions qu'il juge les plus favorables à ses intérêts. Tant que les parties procéderont régulièrement, il n'aura rien à dire. Si ces parties majeures optent pour un partage en nature, il

(1) Cass., 1er mars 98. S. 98. 1. 401.

ne pourra pas exiger une licitation (1). Mais il pourra s'opposer à ce que le lot de son débiteur comprenne, contrairement à l'article 832, trop de meubles. S'il n'adhère pas au partage, mention est faite de ses contredits, sur lesquels le tribunal sera appelé à se prononcer.

Et si le créancier opposant n'a pas été appelé au partage, il pourra attaquer le partage même consommé, par cela seul qu'il n'y a pas été appelé, sous la seule condition qu'il ait intérêt à le faire. Il ne sera pas obligé d'établir la preuve d'un concours frauduleux entre tous les copartageants, ni même une intention frauduleuse de la part de son copartageant débiteur (2). Il lui suffira de démontrer, par le rapprochement des droits de son débiteur copartageant de l'ensemble des opérations du partage, que les droits de ce copartageant ont été méconnus ou sacrifiés, au préjudice de ceux que son opposition avait pour objet de conserver.

Si le partage, auquel on ne l'a pas sommé d'assister, a été fait judiciairement, c'est à la tierce opposition que le créancier aura recours pour le faire révoquer (3).

Le créancier, dont l'opposition a été méconnue, pourrait-il se contenter de demander des dommages-intérêts

(1) Nancy, 19 juin 93. D. 94, 2, 272.
(2) Cass. req., 22 décembre 69. S. 70, 1, 347.
Pau, 3 février 55. S. 55, 2, 56.
(3) Alger, 23 janvier 1893. S. 93, 2, 284. Rousseau et Laisney, V° Partage, n° 137,

égaux au montant du préjudice qu'il a souffert, par application de l'article 1382 ? l'affirmative, nous semble-t-il, devrait être admise (1).

L'art 882 consacre au profit des créanciers un droit exceptionnel. Aussi doivent-ils en user dans les limites par lui fixées, sous peine d'être forclos. Lorsque les créanciers n'ont pas formé opposition à ce qu'il fut procédé au partage hors de leur présence, ou lorsque, après s'y être opposé, ils ont négligé de se présenter aux opérations auxquelles ils ont été appelés, ils ne sont pas recevables à critiquer le partage définitivement consommé. C'est en vain qu'ils invoqueront un préjudice, et une intention frauduleuse évidente chez leur débiteur ou ses copartageants. Il y a là une exception aux règles du droit commun, qui autorise l'action paulienne contre tous les actes frauduleux ; et l'article 1167 la mentionne : « Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre des successions, se conformer aux règles qui y sont prescrites. »

La jurisprudence est définitivement fixée en ce sens (2).

Deux exeptions sont néanmoins admises par M. Demolombe et la jurisprudence.

1° L'art. 882 in fine dérogeant au droit commun doit

(1) Cass, req., 14 février 1870. S. 70, 1, 294. D. 71, 1, 21.
(2) Cass., 1er mars 1898. S. 98, 1, 401.
Chambéry, 13 janvier 1897. D. 97, 2, 456.
Trib. civ. Seine, 26, juillet 1895. Gaz., trib., 31 août 95.

être interprêté restrictivement ; il ne vise donc pas l'hypothèse, où le prétendu partage qui aurait été fait n'est pas sérieux, mais simulé : s'il n'a eu d'autre bût que de soustraire les biens d'un débiteur à l'action de ses créanciers, on ne peut le qualifier de « partage consommé ». Ces créanciers seront donc admis à prouver l'existence d'un concert frauduleux entre tous les cohéritiers, pour ce motif que l'intérêt qui s'attache au maintien de la tranquillité des familles, et que l'article 882 a pour but de protéger, disparaît, l'article 882 ayant été écrit en faveur des copartageants de bonne foi (1).

2° Le droit commun serait encore applicable, si les copartageants avaient agi avec une précipitation calculée dans le bût de dissimuler le partage, afin de rendre toute opposition impossible (2). C'est là une question de fait soumis à l'appréciation des juges. Si par exemple une succession importante, et dont la liquidation nécessite un grand nombre d'opérations et de contrats, est entièrement réglée en moins de 2 ou 3 semaines à partir du jour du décès du de cujus, il y a de grandes chances que cette rapidité ait été motivée par une intention frauduleuse.

Notons qu'une jurisprudence constante décide que la règle exceptionnelle de l'art. 882 n'est applicable qu'aux

(1) Dijon, 24 juin 1885. S. 87, 2, 115. D. 86, 2, 226.
Bourges, 18 juillet 1892. D. 92, 2, 609. S. 93, 2, 210.
(2) Dijon, 24 juin 1896. D. 97, 2, 13.
Besançon, 30 décembre 91. D. 92, 2, 113.

partages de succession ou de communauté, et non à ceux qui font cesser une indivision créée par la seule volonté des parties (1).

Section IV

QUATRIÈME MOYEN

Hypothèque sur les biens à venir du constituant.

Signalons un dernier moyen de se prémunir contre la fragilité d'une hypothèque sur un immeuble indivis. Il consiste pour le créancier à exiger de son débiteur une hypothèque sur les biens à venir de ce dernier.

Il suffira que l'affectation hypothécaire remplisse les conditions exigées par l'article 2130 du Code civil : 1° le débiteur hypothéquera sa part indivise, et tout autre bien présent, s'il en a ; 2° il faudra que cette garantie soit insuffisante, elle le sera toujours si son bien présent ne consiste que dans son droit à l'immeuble indivis, puisque l'hypothèque peut disparaître par l'effet d'un partage ; 3° Cette insuffisance sera formellement exprimée dans l'acte ; 4° Enfin, il faudra inscrire cette hypothèque au fur et à mesure que le débiteur deviendra propriétaire des biens à venir.

En conséqunce, le créancier à qui on offrira une hypothèque sur un immeuble indivis pourra, et la prudence le lui conseille, demander l'affectation des biens à venir

(1) Cass. civ., 17 novembre 1890. S. 94, 1, 399. D. 91, 1, 25.

de son débiteur, quand bien même ce dernier ne posséderait actuellement rien en dehors de l'indivision.

Mais une grave question s'est posée sur la validité de ce procédé. Si l'immeuble indivis hypothéqué comme bien présent cesse, par l'effet d'un partage ultérieur, d'être la propriété de celui qui a constitué l'hypothèque, cette circonstance n'a-t-elle pas pour effet d'anéantir l'affectation hypothécaire des biens à venir.

Voici l'espèce, à propos de laquelle cette importante question, alors neuve en jurisprudence et en doctrine, a été résolue pour la première fois :

Aux termes d'un acte du 28 août 1888, un sieur Noël Martin, pour garantie d'un prêt à lui fait, hypothèqua, au profit d'une dame veuve Pironnint, tous ses biens présents et à venir, vu l'insuffisance de ses biens présents; ces derniers étaient en effet seulement représentés par un immeuble, que Martin possédait indivisément avec d'autres, et qui provenait de la succession de sa mère. La créancière prit ensuite successivement inscription : 1° Le 31 août 1888 sur ledit immeuble ; 2° Le 28 mars 1899 sur les biens que Martin recueillit à cette époque, dans la succession de son père.

Le 24 mai 1889, les héritiers Martin procédèrent au partage des biens provenant du père et de la mère Martin, et par suite de ce partage, le débiteur Noël Martin fut loti exclusivement en biens paternels.

Les biens dépendant de la succession de sa mère, qui avaient été affectés comme biens présents à la sûreté

de l'obligation du 28 août 1888, avaient donc complètement échappé à l'hypothèque constituée dans cet acte, ces biens étant censés n'avoir jamais appartenu à Noël Martin, par application de l'article 883.

Ce dernier fut plus tard exproprié, et, à un ordre ouvert devant le tribunal civil d'Issoire, la créancière voulut produire sur le prix de la vente des biens paternels attribués à Noël Martin, et qui avaient été hypothéqués subsidiairement comme biens à venir, en vertu de l'inscription du 28 mars 1889. Elle obtint sa collocation.

Mais les autres créanciers de Martin contredirent à l'ordre, pour le motif que leur débiteur n'avait pu hypothéquer valablement comme biens à venir les biens provenant de la succession de son père, « Et attendu que l'hypothèque des biens à venir est essentiellement subsidiaire, qu'elle ne peut porter, que si les biens présents ont été d'abord grevés valablement ; que les biens présents s'étant évanouis dans les mains de Noël Martin, la collocation de la veuve Pironnint devait être rejetée. » En effet, le débiteur possédait bien, au moment où l'obligation fut souscrite, un droit de propriété sur une quote part de biens indivis provenant de la succession de sa mère, mais, si nous appliquons la fiction légale de l'article 883, cette quote part de biens indivis est censée n'avoir jamais appartenu à Noël Martin ; en conséquence ce dernier ne possédait pas de biens présents au moment de l'affectation hypothécaire, et ne pouvait pas valable-

ment hypothéquer ses biens à venir, dans l'espèce, les biens à provenir de la succession de son père.

La question fut soumise successivement au tribunal d'Issoire le 5 août 1891, et à la Cour de Riom le 19 mars 1892. Les deux juridictions décidèrent, que la veuve Pironnint ne pouvait pas être colloquée au rang de son inscription. Elle était donc devenue simple créancière chirographaire.

Mais la Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 11 mars 1895 (1) cassa celui de la Cour de Riom.

Les premiers juges se basaient sur les articles 2129 et 2130. Ces articles défendent, il est vrai, au débiteur qui n'a pas de biens présents d'hypothèquer ses biens à venir ; mais évidemment, c'est au moment de la constitution de l'hypothèque qu'il faut se placer pour examiner, si oui ou non le débiteur qui a hypothéqué subsidiairement ses biens à venir possédait des biens présents ; peu importent les événements qui pourront subvenir, ils ne sauraient rétroagir et influer sur une convention librement et légalement formée, puisque les diverses conditions exigées par l'article 2130 y étaient remplies.

Si l'on examine les principes du droit hypothécaire l'on constate :

(1) D. 95, 1, 305, note de M. Léon Michel.
P. F. 95, 1, 353, note de M. Appleton.

Que l'hypothèque peut reposer sur tout ce qui a le caractère d'immeuble possédé, au moment de la rédaction de l'affectation hypothécaire, par le débiteur.

Et qu'on doit considérer comme bien présent susceptible d'être hypothéqué, tout immeuble ou toute partie d'immeuble, que le débiteur en soit propriétaire incommutable, ou sous conditions résolutoire.

Pourrait-on soutenir qu'un immeuble, dont le débiteur n'a la propriété que sous condition résolutoire, n'est pas susceptible d'hypothèque ? Evidemment non, l'article 2135 est trop formel à cet égard. Donc en l'espèce, Martin pouvait hypothéquer sa part dans les immeubles provenant de la succession de sa mère.

Mais la résolution de l'hypothèque des biens présents peut-être entraîner la nullité de l'hypothèque des biens à venir ainsi dans son intégralité le contrat hypothécaire.

La Cour de cassation a opté pour la négative, parce que cette nullité n'est prononcée par aucun texte, et qu'elle est aussi contraire aux principes du droit qu'aux principes de l'équité.

Il faudrait en effet un texte formel portant que la validité de l'hypothèque des biens à venir est subordonnée à toutes les causes de résolution pouvant affecter l'hypothèque des biens présents. Et il est facile de voir toutes les conséquences que produirait un pareil principe. Supposons que les biens présents de Martin aient consisté en un immeuble, qu'il aurait acquis d'un tiers et

dont il n'aurait pas payé le prix, ou en un immeuble qui lui aurait été donné. Supposons toujours que cet immeuble n'ayant pas été considéré comme suffisant pour garantir la somme prêtée à son propriétaire, ce dernier ait consenti une hypothèque sur ses biens à venir conformément à l'article 2130. Qu'adviendra-t-il, si, plus tard, le vendeur ou le donateur de l'immeuble primitivement hypothéqué, exerçant leur action résolutoire, font résoudre la vente ou la donation. Le seul bien présent de Martin sera encore censé ne jamais lui avoir appartenu ; et si l'on étend la jurisprudence de la Cour de Riom, l'hypothèque sur ses biens à venir tombera et devra être considérée comme nulle.

Si l'on poussait un pareil principe jusqu'à ses dernières conséquences, « il faudrait décider, dit M. Appleton dans la note précitée, que la propriété n'ayant jamais reposé sur la tête du propriétaire sous condition résolutoire, celui-ci n'a pu, ni acquérir les fruits de l'immeuble, ni faire valablement des actes d'administration, ni passer de baux ; toutes conséquences qui sont repoussées par la presque unanimité des auteurs et par une ferme jurisprudence. »

Aussi la Cour de cassation, dans son arrêt du 11 mars 1895, a-t-elle cassé l'arrêt de la Cour de Rennes, et posé en principe, qu'une fois les affectations hypothécaires des biens présents et des biens à venir régulièrement constituées, elles subsistent indépendamment les unes des autres, et qu'aucune disposition de loi ne

subordonne leur existence ultérieure aux causes de résolution qui pourraient atteindre la propriété de l'immeuble présent primitivement hypothéqué.

« Attendu que le contrat du 28 août 1888, réunissait, au moment où il a été formé, toutes les conditions que l'article 2130 exigeait pour sa validité ; que, par suite, les divers immeubles que cette convention affectait à la sûreté de la créance ont été valablement frappés par l'hypothèque de la dame veuve Pironnint, au fur et à mesure des inscriptions ; — *qu'une fois ces affectations hypothécaires régulièrement constituées, elles subsistaient indépendamment les unes des autres*, et qu'aucune disposition de loi ne subordonnait leur existence ultérieure aux causes de résolution qui pouvaient atteindre la propriété de l'immeuble hypothéqué en premier lieu ; — que le partage en résolvant les droits de Martin sur sa part héréditaire dansl'immeuble maternel a affranchi cette part de l'hypothèque qui la grevait, conformément aux dispositions combinées des articles 883 et 2125 C. civ.; — que par suite l'inscription du 31 mai 1888 est devenu inefficace, ainsi que l'arrêt attaqué l'a décidé à bon droit; mais, qu'il n'en a pas été de même de l'hypothèque établie par l'inscription du 28 mars 1889 sur les biens paternels de Noël Martin ; — que le partage ayant au contraire consolidé la propriété du débiteur sur les biens que frappait ladite inscription, celle-ci devait produire ses effets légaux ; — qu'en décidant que cette hypothèque était nulle, l'arrêt a prononcé une

nullité que l'article 2130 n'édicte pas, et par suite il a violé le dit article. Par ces motifs. — Casse. »

Cet arrêt justifie ainsi pleinement l'emploi de ce dernier moyen, qui, quoique rarement employé, n'en est pas moins pratique.

TROISIÈME PARTIE

L'Immeuble indivis est attribué, ou adjugé sur licitation, à plusieurs communistes conjointement

Section I

Le constituant n'est pas au nombre des attributaires ou des adjudicataires

Nous supposerons d'abord que le constituant n'est pas au nombre des attributaires ou des adjudicataires.

L'hypothèque par lui constituée tombera-t-elle par application de l'article 883, ou bien se trouve-t-on en présence d'un acte auquel l'effet déclaratif ne doit pas être reconnu ? Il est impossible de répondre immédiatement par un oui ou par un non. Une pareille réponse comporterait la solution de cette autre question : Pour qu'un acte produise l'effet déclaratif, la cessation de l'indivision est-elle nécessaire ? Or c'est là un point sur lequel la jurisprudence n'est pas encore fixée, et qui donne naissance à de nombreuses controverses.

Disons seulement que la tendance actuelle de la jurisprudence de la Cour de cassation est de ne plus

exiger la cessation absolue de l'indivision, comme condition de l'effet déclaratif. Et examinons successivement les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

§ I. — *Attribution conjointe et allotissement*

Il est un cas où l'hypothèque grevant l'immeuble tombera sûrement. C'est le suivant. Primus a hypothéqué sa part dans un immeuble indivis, ses communistes sont Secundus et Tertius. Un acte de partage intervient, aux termes duquel Primus reçoit des biens divis, meubles ou immeubles, autres que celui hypothéqué, pour le remplir de ses droits. Un deuxième lot est formé, qui sera attribué à Secundus et à Tertius conjointement, et ce deuxième lot comprend l'immeuble, sur lequel Primus a conféré hypothèque.

C'est le cas d'allotissement. L'indivision n'a pas cessé entre tous les copartageants, mais l'un d'eux a reçu son lot, dans un acte où tous les copartageants étaient parties, il a retiré sa part de la chose commune, il est alloti ; l'indivision a donc complètement cessé entre lui et les autres communistes. N'est-il pas juste d'appliquer ici l'article 883. La Doctrine et la jurisprudence sont unanimes en ce sens. La Cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois sur ce point (1), et l'arrêt

(1) Cass. civ., 25 avril 1864. S. 64, 1, 237. D. 64, 1, 227.
Cass. req., 9 décembre 1878. S. 79, 1, 404. D. 79, 1, 299.

rendu le 9 décembre 1878 par la Chambre des requêtes est catégorique :

« Attendu, en droit, que le partage total ou partiel est déclaratif... qu'il faut sans doute... une opération où figurent tous les intéressés..., mais qu'il n'est pas nécessaire que cette opération assigne sa part à chaque cohéritier ou copropriétaire, et *qu'il suffit que l'un d'eux soit définitivement rempli de la sienne au moyen d'un allotissement particulier*, puisque, de la sorte, celui qui reçoit sa part dans la chose commune n'a plus rien désormais à y prétendre, et que, en ce qui concerne les biens dont il est privativement approprié, l'indivision cesse complètement entre lui et ses coïntéressés. »

L'indivision cesse donc partiellement, une opération complémentaire ultérieure sera nécessaire pour la faire cesser d'une manière absolue ; mais, peu importe, les rapports, entre Primus d'une part, et Secundus et Tertius d'autre part, sont à jamais rompus ; l'article 883 est donc applicable à cet acte.

Reste une difficulté. L'effet déclaratif se produira-t-il seulement en ce qui concerne les biens attribués divisément à l'un des copartageants, ou se produira-t-il également en ce qui concerne les biens attribués indivisément aux autres ? Nous estimons que c'est à tort qu'il y a eu hésitation sur ce point. Si le copartageant alloti est dégagé des droits réels créés par ses copartageants, il est équitable que ces derniers soient eux-mêmes dégagés de ceux qu'il a conférés sur leur chose — Et la Cour de

cassation a consacré cette solution dans ses arrêts du 9 décembre 1878 et du 21 mai 1895 (1). L'hypothèque inscrite du chef du copartageant alloti ne frappe pas l'immeuble attribué conjointement à ses communistes. Spécialement l'hypothèque légale de la femme du copartageant alloti ne frappe pas les immeubles attribués indivisément aux autres copartageants.

Ces hypothèques doivent donc être considérées comme résolues à jamais ; le créancier hypothécaire du communiste alloti verra sa garantie disparaître par l'application de l'article 883.

§ II. — *Licitation conjointe*

Laissons maintenant le cas de l'allotissement, et examinons celui de la licitation conjointe.

Il fut d'abord admis, qu'on ne reconnaîtrait à la licitation l'effet déclaratif, que lorsqu'elle faisait cesser complètement l'indivision par l'adjudication à un seul des communistes. Si plusieurs communistes se rendaient donc conjointement adjudicataires, on n'était plus dans les termes de la règle, l'acte était une vente, et laissait persister les hypothèques créées par ceux qui s'étaient retirés de l'indivision.

Et c'est en vain qu'on invoquerait en sens contraire la théorie du premier acte admise dans l'Ancien Droit (2).

(1) S. 95, 1, 350. D. 96, 1, 9.
(2) Guyot. Traité des licitations, Ch. III, Sect. 3, § 4, n° 5, p. 37 s.

et d'après laquelle l'effet déclaratif doit être attribué à toute opération qui diminue le nombre des communistes.

Car la jurisprudence établissait cette opinion par une longue série d'arrêts (2).

« Attendu, dit l'arrêt de la Chambre civile du 17 novembre 1890, que ledit acte n'était autre qu'une licitation laquelle n'eût pu être assimilée au partage et revêtir comme lui le caractère déclaratif, que si elle avait eu pour résultat de faire cesser, à l'égard de toutes les parties contractantes, l'indivision de l'immeuble qui en était l'objet, par l'adjudication de cet immeuble à une d'entre elles seulement ; qu'elle n'avait pu remplir cette condition, puisqu'elle avait au contraire été prononcée conjointement au profit de la dame de Valon et du sieur de Laroche-Lambert, et qu'elle n'avait pu dès lors produire que les effets d'une vente ordinaire ; d'où il suit que les acquéreurs, puisant désormais exclusivement dans un contrat leur droit de propriété commune, ne pouvaient être considérés comme le tenant directement du de cujus ».

La Cour d'Alger, dans un arrêt du 10 avril 1894 (2), est également formelle, et maintient sur l'immeuble licité les hypothèques conférées par un communiste non adjudicataire :

(1) Cass., 8 mars 1875. S. 75, 1, 449. — Poitiers, 10 juillet 1889. S. 91, 2, 110.
Cass. civ., 17 novembre 1890. D. 91, 1, 25. S. 94, 1, 399.
(2) D. 94, 2, 462.

« Attendu que la licitation n'est assimilée au partage, et ne revêt comme lui le caractère déclaratif qu'autant qu'elle a pour effet de faire cesser, à l'égard de toutes les parties colicitantes, l'indivision de l'héritage qui en est l'objet, par l'adjudication à l'une d'elles seulement. Attendu, dans l'espèce, que les frères Lozes se sont rendus conjointement adjudicataires de divers immeubles de la succession, qu'il n'y a pas eu dès lors cessation de l'indivision existant entre eux et leurs colicitants; qu'il y a eu vente et non partage, vente à laquelle la fiction de l'article 883 est restée étrangère ; *que les hypothèques constituées pendant l'indivision par les communistes conservent donc leur effet*, de même que le privilège du vendeur est sauvegardé par la transcription. »

Ainsi donc la licitation est considérée comme une vente, sujette au droit de mutation, et à la formalité de la transcription. La conséquence immédiate est le maintien des hypothèques.

Cette solution a-t-elle varié à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 mai 1895 (1). Peut-on regarder cet arrêt comme le point de départ d'une jurisprudence nouvelle, qui ne subordonnerait plus l'effet déclaratif à la cessation absolue de l'indivision, en sorte que la licitation au profit de deux communistes conjointement produirait par elle-même cet effet, perdant ainsi le caractère translatif qu'on lui attribuait jusqu'alors.

(1) S. 95, 1, 350. D. 96, 1, 9.

Prenons l'espèce. Sur licitation entre trois héritiers, deux, Casimir Erard et la dame Chapuis, sa sœur, se rendent conjointement adjudicataires d'un domaine. Dans le partage définitif, il leur est attribué, notamment, leur prix d'adjudication. Plus tard, une cession rend la dame Chapuis seule propriétaire de l'immeuble licité. En cet état, un créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme de Philippe Erard, troisième héritier, prend inscription sur l'immeuble. Assigné en mainlevée, il soutient que l'indivision n'avait pas complètement pris fin par la licitation, et que, par conséquent, le partage n'avait pu produire l'effet déclaratif. Sa prétention fut rejetée par la Cour de Besançon (1) et par la Cour de cassation, dont nous reproduisons ci-après l'arrêt :

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué, que les héritiers Erard ont procédé, en 1877, au partage dûment homologué et accepté de tous biens composant la succession de leur auteur ; que l'arrêt en a déduit à bon droit que, par l'effet de ce partage, et conformément à l'article 883 du Code civil, Philippe Erard est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ; mais que, par contre, il est censé n'avoir jamais eu aucun droit de propriété sur les autres biens de la succession, notamment sur le domaine de la Charme, lequel est réputé dès lors n'avoir jamais été frappé par l'hypothèque légale de sa

(1) D. 92. 2, 28.

femme ; que, par suite, Mouilleseaux et les demoiselles Thevenot, en 1888 et 1889, n'ont pas pu se faire subroger utilement dans cette hypothèque sur ledit immeuble ;

Attendu, il est vrai, que ce domaine avait été licité au cours des opérations du partage ; que deux héritiers, la veuve Chapuis et le sieur Casimir Erard, s'en étaient rendus adjudicataires conjointement, et qu'ils en avaient conservé la propriété indivise jusqu'au 31 décembre 1887, date à laquelle la veuve Chapuis en est devenue propriétaire unique par le rachat des droits de Casimir Erard ;

Mais attendu que, contrairement à la prétention du pourvoi, cette circonstance n'a pas empêché le partage de 1877 de produire toutes ses conséquences légales à l'égard des copartageants qui, comme Philippe Erard ont reçu dans ce partage des lots distincts les remplissant de toute leur part ;— qu'en ce qui les concerne, la valeur du domaine licité est entrée dans la masse partageable aux lieu et place de l'immeuble, et leur a été répartie avec les autres biens de la succession, de telle sorte qu'à ce moment l'indivision a complètement pris fin entre eux et leurs cohéritiers.

Attendu que si la propriété de l'immeuble est restée indivise entre les deux adjudicataires pendant plusieurs années encore, *cette indivision nouvelle qui avait sa cause, non plus dans la dévolution héréditaire, mais bien dans la convention des parties, n'intéressait plus que les rapports respectifs des communistes.* »

Par ces motifs rejette... »

L'arrêt prononce implicitement la résolution de l'hypothèque profitant à un créancier du communiste non adjudicataire sur licitation. Du jour de la licitation les rapports entre les communistes adjudicataires et celui non adjudicataire avaient complètement cessé. La nouvelle indivision « *n'intéressait plus que les rapports respectifs des communistes* (*adjudicataires*) », ce sont les termes mêmes dont s'est servi la Cour suprême. N'accorde-t-elle point ainsi l'effet déclaratif à la licitation ?

Cependant, à vrai dire, les motifs de l'arrêt ne sont pas très catégoriques, et ils ne constituent pas un arrêt de principe .La Cour semble attacher une bien grande importance au partage qui a suivi la licitation ; or, précisément, ce partage a alloti le communiste sorti de l'indivision. Il est donc permis de se demander si notre arrêt est simplement une nouvelle application de la théorie de l'allotissement, si c'est cet allotissement subséquent seul, qui est la cause de cette décision ; ou si, au contraire, il consacre une véritable innovation sur la licitation au profit de plusieurs communistes.

Quelques jours après, la Cour de cassation avait l'occasion de s'expliquer dans un arrêt du 26 juin 1895 (1). Elle ne l'a point fait.

Comment donc interprêter cet arrêt. On constate l'hésitation la plus grande dans la Doctrine et dans la

(1) S. 96, 1, 481.

Jurisprudence. Nous les envisageons seulement au point de vue de l'influence, qu'ils ont sur la validité de l'hypothèque consentie pendant l'indivision. En l'espèce précédente la Cour de cassation a déclaré que l'hypothèque frappant l'immeuble licité, du chef du non adjudicataire, tombe, mais aurait-elle maintenu sa décision si un partage avec allotissement n'avait point suivi la licitation ?

C'est là pour les commentateurs une infime côté de la question qu'ils se posent. L'application de l'article 883 nécessite-t-elle la cessation complète de l'indivision ? Tel est le problème, qu'ils cherchent à résoudre, et sur lequel ils désireraient voir la Cour de cassation se prononcer nettement. Nous n'aborderons pas les discussions que ce problème soulève— M. Wahl estime : « que la cessation absolue de l'indivision n'est aucunement une condition de l'effet déclaratif, soit pour le partage, soit pour les actes assimilés par l'article 883 au partage » (1). Cette théorie fut longuement développée, dans ses conclusions devant la Cour de cassation, par M. Fabreguettes faisant fonction d'avocat général le 12 mars 1900 (2). Et cette fois encore la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur le principe, tout en adoptant certaines de ses conséquences. De même dans un arrêt du 23 mars 1903 (3).

(1) Note dans S. 1905, 1, 129.
(2) S. 1900, 1, 369.
(3) S. 1905, 1, 129.

Aux yeux de la Cour de cassation, la licitation équivaudrait donc provisoirement à une vente, mais elle perdrait ce caractère vis-à-vis de l'héritier, à qui serait plus tard attribuée une portion divise, soit du prix seulement, soit des autres biens composant la masse partageable dans laquelle est entré le prix aux lieu et place de l'immeuble.

Notons d'abord, que, aux termes de l'arrêt, le prix semble subrogé à l'immeuble ; et la Cour suprême serait ici en contradiction flagrante avec elle-même, puisqu'elle repousse l'idée de subrogation, lorsqu'il s'agit d'une licitation au profit d'un étranger.

De plus, supposons qu'il s'écoule de longues années entre la licitation et le partage des biens dépendant de la succession, nous aurons alors un acte, qui, après avoir été considéré comme une vente, comme une opération translative, produira un jour un effet déclaratif ; l'arrêt ne s'explique pas sur ce point. Peut-on concevoir un acte qui aura successivement deux caractères différents ? Les cohéritiers adjudicataires seront réputés, avant le partage, tenir l'immeuble de leurs coïndivisaires, et, après le partage, le tenir directement du défunt. La situation du bien licité sera donc en suspens entre les deux opérations.

Mieux vaudrait peut-être alors adopter la théorie de M. Labbé (1), d'après laquelle la situation juridique du

(1) Note sous Cass., 8 mars 1875, S. 75, 1, 449.

bien licité ne sera fixée qu'après la cessation absolue de l'indivision, c'est-à-dire au jour où la propriété de ce bien sera définitivement concentrée sur la tête d'un seul. Jusqu'à ce jour, l'effet du premier acte, c'est-à-dire de la licitation conjointe est incertain. L'indivision nouvelle résultant de la licitation cesse-t-elle par la licitation au profit d'un des adjudicataires conjoints ? l'article 883 est applicable à la première et à la deuxième licitation, l'hypothèque tombe. Même solution au cas d'attribution par voie de partage. Y a-t-il au contraire licitation au profit d'un tiers ? Le premier acte est considéré comme une vente, la deuxième également ; et l'hypothèque est maintenue.

La période incertaine ira du jour de la licitation conjointe, jusqu'au jour du partage de tous les biens dépendant de la succession y compris le prix d'adjudication, d'après la Cour de cassation, ou jusqu'au jour de la cessation absolue de l'indivision nouvelle relative à l'immeuble licité, d'après M. Labbé. Mais durant cette période qu'adviendra-t-il, si, la créance garantie par l'hypothèque devenant exigible, le communiste débiteur ne désintéresse pas son créancier ? Ce dernier pourra-t-il réaliser son gage, ou bien devra-t-il attendre, peut-être indéfiniment.

Les inconvénients pratiques de la jurisprudence de la Cour de cassation, comme ceux de la doctrine de M. Labbé seraient considérables.

Aussi de nombreux auteurs (1) se refusent-ils à croire que la Cour de cassation ait consacré cette solution dans son arrêt du 21 mai 1895.

La licitation demande à être envisagée en elle-même. Vente ou partage, elle constitue un acte complet, et ses résultats, quels qu'ils soient, sont toujours immédiats et définitifs. Il est un fait certain, c'est que, relativement à l'immeuble licité, elle fait cesser l'indivision première à l'égard de tous, à l'égard des communistes adjudicataires comme à l'égard des autres. La Cour de cassation indique formellement que la nouvelle indivision n'a rien de commun avec la précédente, que c'est une indivision nouvelle ; la première indivision a donc complètement cessé relativement à l'immeuble licité.

Nous estimons qu'il y a là un motif suffisant pour appliquer à cet acte l'article 883. Les hypothèques grevant l'immeuble licité, du chef des non adjudicataires, tomberont immédiatement.

La Cour de Nancy, dans un arrêt du 7 juillet 1896 (1) s'est prononcée formellement en ce sens. Elle attribue immédiatement l'effet déclaratif à la licitation au profit de plusieurs communistes, sans attendre le résultat du partage subséquent.

« Attendu que, aux termes de l'article 883 du Code

(1) Binet. Rev. crit. de législ., 1896, p. 331.
Planiol, note D. 96, 1, 9.
(1) S. 97, 2, 123. D. 97, 2, 283.

civil, chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.

Attendu que la licitation du 24 avril 1893, qui est une des formes du partage, a eu pour conséquence immédiate, de faire cesser l'indivision résultant de la dévolution héréditaire entre les héritiers Maimbourg, et d'attribuer aux trois mineurs, déclarés adjudicataires, la propriété exclusive des immeubles licités, comme s'ils les avaient reçus des mains mêmes de leur auteur au jour de son décès.

Attendu, en conséquence, que la dame Maimbourg, dont la part héréditaire se trouve aujourd'hui représentée par un droit de créance sur le prix des immeubles licités, est censée n'avoir jamais eu, à aucune époque, la propriété de ces immeubles, *de telle sorte que les hypothèques par elle consenties pendant la durée de l'indivision tombent et sont inopposables aux héritiers adjudicataires*, qui sont présumés, en vertu du principe déclaratif de l'article 883 précité, avoir reçu ces immeubles francs et quittes de toutes charges du chef du cohéritier resté étranger à l'indivision. »

Enfin au point de vue fiscal la conséquence directe de cette solution est très importante. Si la licitation prononcée au profit de plusieurs communistes, acquérant conjointement, jouit de l'effet déclaratif, elle n'est pas sujette à transcription, et ne rend pas exigible lors de

l'enregistrement le droit de mutation de 7 0/0 (5.50 0/0 plus les décimes avant la loi du 22 avril 1905).

Or le 20 avril 1905 (1) le Tribunal civil de la Seine s'est prononcé sur la question, en déclarant irrecevable une réclamation du droit de 5.50 0/0 faite par la Régie, et il a basé son jugement sur l'article 883. Le tribunal manifeste même son opinion sur les conséquences de la licitation conjointe au point de vue des hypothèques qui grèvent l'immeuble licité, du chef d'un non adjudicataire ; il les déclare résolues.

Par acte devant notaire du 21 juillet 1902, il avait été procédé à l'adjudication volontaire d'une maison à Levallois-Perret, appartenant pour moitié à M. Joyeux, et pour un quart à MM. Louis et Auguste Gallicher ; l'adjudication avait été prononcée au profit de ces deux derniers acquérant chacun pour moitié, moyennant le prix de 37.600 francs. Le receveur n'ayant perçu que le droit de 4 0/0, réclama celui de 5.50 0/0. Sur opposition des parties le tribunal rejeta la demande de la régie pour les motifs suivants :

« Attendu que la Régie base sa réclamation sur l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, aux termes duquel ce droit est imposé lors de l'enregistrement aux actes qui sont de nature à être transcrits : qu'elle prétend qu'en raison de l'acquisition conjointe, faite par les frères Galli-

(1) Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement. Année 1906. N° 14.617.

cher, l'indivision n'a pas cessé à la suite de la licitation du 21 juillet 1902 ; que l'article 883 est inapplicable ; que les hypothèques pouvant grever l'immeuble du chef de Joyeux n'ont point été résolues, et que les acquéreurs ont intérêt à transcrire leur titre pour en effectuer la purge.

Mais *attendu qu'il est constant, en droit civil que l'indivision a complètement cessé au regard de Joyeux ;* que si les consorts Gallicher continuent à être copropriétaires, c'est en vrtu d'une convention spéciale et d'accords particuliers intervenus entre eux : *que cette indivision nouvelle n'a aucun lien avec l'ancienne ; que Joyeux est censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble licité ; qu'aucune hypothèque ne peut subsister de son chef ;* que la purge est inutile en droit civil et que, par suite l'acte n'est pas de nature à être transcrit au point de vue du droit fiscal. »

Il est difficile de trouver une décision plus formelle.

Et nous sommes persuadés que la Cour de cassation se ralliera à cette opinion. Mais elle ne consentira probablement jamais à poser en principe l'inutilité de la cessation complète de l'indivision pour l'application de l'effet déclaratif. Car la conséquence immédiate serait la reconnaissance de cet effet à la cession de droits successifs faite, soit par un ou plusieurs communistes à tous les autres (1), soit par un communiste à un autre (2). Une

(1) Cass. civ., 7 août 1855. S. 56, 1, 349. D. 55. 1, 448.
(2) Cass. civ., 4 mars 1891. S. 94, 1, 411. Aix, 10 août 1870. D. 73, 2, 204.

jurisprudence constante et presque l'unanimité de la Doctrine considèrent ces actes comme translatifs et maintiennent les hypothèques conférées par le cédant sur l'immeuble indivis.

Seule la cession a un cohéritier des droits de tous ses cohéritiers produit l'effet déclaratif (3).

Section II

Le constituant est au nombre des attributaires ou des adjudicataires.

Mais revenons au cas de partage avec allotissement ou de licitation conjointe, et supposons que, parmi les communistes déclarés conjointement attributaires ou adjudicataires de l'immeuble hypothéqué, se trouve celui qui a conféré l'hypothèque. Quel sera le sort de cette dernière ?

Nous n'avons pas trouvé d'espèce analogue dans la jurisprudence, mais nous pensons qu'elle maintiendrait l'hypothèque au cas où, la nouvelle indivision cessant par un partage ou une licitation, la propriété de l'immeuble serait concentrée sur la tête du constituant ou d'un tiers, et qu'elle la déclarerait résolue, au cas d'attribution ou d'adjudication de cet immeuble à un communiste autre que le constituant.

Et néanmoins, si l'on prenait à la lettre les termes

(1) Montpellier, 27 janvier 1854. D. 55, 2, 113.

employés par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 mai 1895, si, au cas de licitation conjointe, l'on considère la nouvelle indivision, comme le résultat d'une acquisition en commun, comme ayant pour source une convention et non plus l'ouverture de la succession, le maintien de l'hypothèque s'impose toujours. En effet, comment ce communiste autre que le constituant, sur lequel se concentrera définitivement la propriété de l'immeuble, aura-t-il la prétention de rattacher sa propriété à celle du de cujus, puisque l'effet de l'opération dernière ne peut remonter qu'au point de départ de l'indivision qu'elle dissout ; or ce point de départ est une convention et non pas la dévolution héréditaire (1).

En réalité, dans l'hypothèse que nous venons d'étudier dans ce chapitre, la théorie jurisprudentielle suscite des difficultés innombrables. Et cette incertitude se prolongera tant que la Cour de cassation n'aura pas dit formellement si l'effet déclaratif est subordonné a la cessation absolue de l'indivision.

(1) Planiol. Note dans D. 1896. 1. 9.

QUATRIÈME PARTIE

L'Immeuble indivis est adjugé sur licitation au profit d'un tiers

---

CHAPITRE PREMIER

Situation du créancier hypothécaire

Après avoir examiné les hypothèses où l'immeuble indivis hypothéqué est attribué au constituant, à un communiste autre que le constituant, ou à deux communistes conjointement entre eux, il nous reste à étudier une dernière hypothèse qui se présente très souvent, et qui a donné naissance à une jurisprudence très abondante et très intéressante : celle où, par suite d'une licitation amiable ou judiciaire, l'immeuble indivis est devenu la propriété d'un tiers, d'un étranger.

Notons immédiatement que la licitation tranchée au profit d'un héritier bénéficiaire, pas plus que celle tranchée au profit d'une personne, qui n'était pas originairement dans l'indivision, mais s'est fait céder les droits d'un communiste, ne rentrent dans notre cas. En effet l'héritier bénéficiaire est toujours resté héritier, et, si notre ancienne jurisprudence l'avait longtemps assimilé

à un étranger, cette opinion est complètement abandonnée aujourd'hui (1). Quant au cessionnaire de droits successifs, il a purement et simplement pris la place de son auteur. Tout ayant cause même à titre particulier jouit des droits et prérogatives de son auteur. La Doctrine et la jurisprudence sont absolument fixées en ce sens (2).

Pour déterminer le caractère juridique de la licitation au profit d'un étranger une distinction s'impose entre les rapports de ce dernier avec les colicitants d'une part, et les rapports des colicitants entre eux d'autre part.

Ce qui est certain, c'est que dans les rapports de l'adjudicataire avec les copropriétaires vendeurs, il n'y a pas partage, il y a vente. Par suite, ici on ne doit pas appliquer l'article 883, et la conséquence immédiate est le maintien des hypothèques établies sur les biens vendus. Les principes de la vente s'appliqueront donc au tiers acquéreur : 1° pour être opposable aux tiers la licitation devra être transcrite ; 2° le droit de vente sera perçu, 7 0/0 ; 3° En cas d'éviction l'acheteur devra invoquer les articles 1626 et suivants ; 4° L'inexécution des conditions entraînera la résolution du contrat ; 5° le privilège accordé aux anciens communistes pour obtenir le paiement du prix est le privilège de vendeur

(1) Cass., 7 août 1860. S. 60, 1, 977. D. 61, 1, 499 — Aubry et Rau, V. p. 542. § 534, note 37·

(2) Cass. civ., 29 mai 76. D. 76, 1, 378. — Cass. civ., 9 mars 86. S. 88, 1. 241.

et non celui du copartageant ; et ce privilège est conservé par l'inscription d'office prise par le conservateur sur la transcription du contrat.

Mais dans quelle mesure les hypothèques grevant l'immeuble licité seront-elles maintenues. C'est là la question que nous avons à résoudre. En d'autres termes, si l'adjudication d'un immeuble indivis au profit d'un étranger, conserve à l'égard de celui-ci le caractère d'une vente, en est-il de même en ce qui touche les rapports des colicitants entre eux. Le prix de la vente par licitation, dit l'article 1686, sera partagé entre les copropriétaires. Ce partage sera-t-il sans influence ?

Quel va donc être le sort de l'hypothèque qui a pris naissance du chef de l'un des communistes pendant l'indivision sur l'immeuble licité à un étranger ? Faudra-t-il tenir compte de l'attribution ultérieure, lors du partage, du prix de cette licitation ? Si, en vertu de ce partage, le prix de cette licitation est attribué à un communiste autre que le constituant, le créancier hypothécaire de ce dernier verra-t-il son droit disparaître ? Et lorsque cette attribution du prix à un autre qu'au constituant, est nécessaire notamment dans l'hypothèse très fréquente, où le cohéritier, du chef duquel est née l'hypothèque, est tenu vis à vis de ses cohéritiers de rapports qui absorbent sa part héréditaire, quels seront les droits du créancier hypothécaire sur ce prix ?

En résumé la licitation et le partage qui la complète ne forment-ils qu'une seule et même opération de par-

tage soumise pour le tout à l'effet déclaratif, ou au contraire le partage est-il sans influence sur la licitation, qui produit alors dans tous les cas et au regard de tous les effets d'une vente ?

Prenons un exemple très simple qui nous servira jusqu'à la fin de nos explications.

Primus, Secundus et Tertius recueillent un immeuble dans la succession de leur père Quartus.

Tertius doit à cette succession un rapport en moins prenant de 10.000 francs ; il a reçu de son père pareille somme en avancement d'hoirie au moment de son établissement, par exemple. Mais il a de plus grevé sa part indivise dans l'immeuble dont il s'agit d'une hypothèque de 10.000 francs.

Ces trois cohéritiers licitent l'immeuble et un étranger est déclaré adjudicataire moyennant le prix de 20.000 francs. Postérieurement ils procèdent au partage de la succession.

La masse est ainsi établie :

1° Rapport de Tertius	10.000
2° Prix de licitation	20.000
Soit en tout	30.000

Dont un tiers pour chacun d'eux est de 10.000

Pour les remplir du montant de leurs droits, il est attribué :

1° à Tertius son rapport dont il fait confusion sur lui même,... .. .. 10.000

2° et à Primus et Secundus le prix de licitation par moitié entre eux, soit en tout 20.000

Egalité 30.000

Si l'on applique la fiction de l'article 883 dans notre espèce, si l'on décide que la licitation au profit d'un tiers et le partage subséquent doivent être considérés en bloc comme formant l'ensemble des opérations qui mettent fin à l'indivision, les cohéritiers Primus, Secundus et Tertius seront censés avoir toujours été propriétaires ab initio savoir : Primus et Secundus du prix de licitation et par suite de l'immeuble, et Tertius de son rapport. Le prix de la licitation et par suite l'immeuble n'auront jamais appartenu juridiquement qu'à Primus et Secundus, les droits réels constitués par eux sur cet immeuble seuls subsisteront. En sorte que l'hypothèque conférée par Tertius sur sa part dans l'immeuble licité s'évanouira de plein droit, car nous retombons en ce qui le concerne dans la deuxième hypothèse. Cette solution est du reste équitable.

Si au contraire, nous disons avec la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation que la licitation et le partage constituent deux actes absolument indépendants, avec des effets propres et différents, Primus, Secundus et Tertius, propriétaires par indivis chacun pour un

tiers de l'immeuble licité le seront dans les mêmes proportions du prix qui le représente ; ils auront pu durant l'indivision, conférer des hypothèques dans ces limites ; et, quelle que soit l'issue du partage et l'attribution du prix de licitation, les hypothèques par eux constituées sortiront à effet à concurrence de leur part virile dans le prix.

L'hypothèque de 10.000 francs sur Tertius s'exercera donc jusqu'à concurrence d'un tiers, soit 6666 fr.66 et Primus et Secundus auront le reste du prix, soit 6666 fr. 66 chacun. Il est évident que Primus et Secundus auront un recours en garantie contre Tertius, ils pourront chacun exiger de lui 3.333 fr. 33, ce qui leur permettra de parfaire leur part dans la succession. S'ils réussissent ils auront chacun recueilli 10.000 fr. Mais si Tertius est insolvable, ce qui est à présumer, leur recours sera illusoire, et l'on aboutira à cette situation, qui est en contradiction avec tous les principes du droit, celle d'un créancier ayant plus de droits que son débiteur. Tertius aura indirectement engagé ses communistes Primus et Secundus à participer à l'extinction d'une dette qui leur est étrangère.

Section I

Doctrine

Cette question fort importante divise la Doctrine et la Jurisprudence. Trois principaux systèmes se sont produits sur ce point :

Premier système : Nous le citerons pour mémoire seulement. On a soutenu que même dans le cas où les immeubles indivis sont adjugés à un étranger la licitation produit un effet déclaratif. Qu'à l'égard de l'adjudicataire la licitation soit une vente, on en convient. Mais quant aux héritiers, ou plus généralement quant aux communistes, dit-on, son but n'est-il pas de préparer le partage ? Elle a donc quant à eux le caractère d'une opération de partage, et, si c'est un acte de partage, pourquoi ne pas lui en attribuer les effets. En conséquence l'hypothèque consentie par l'un quelconque des colicitants sur sa part dans l'immeuble indivis sera nulle, puisqu'aucun de ceux qui l'ont constituée ne conserve à son lot le bien grevé. Un seul auteur, Mourlon, dans ses Répétitions écrites (1) soutient cette thèse, d'ailleurs complètement abandonnée aujourd'hui, et sur laquelle nous n'insisterons pas davantage.

Deuxième système : Sans nier que l'adjudication tranchée en faveur d'un étranger constitue en principe une vente, on maintient dans un second système, que lorsque la licitation n'est, comme c'est presque toujours le cas, qu'un incident ou qu'un acte préparatoire de la liquidation ou du partage, le partage seul détermine ceux des copartageants qui doivent être considérés comme vendeurs de telle sorte que cette qualité n'appartient qu'à celui ou à ceux qui sont attributaires du prix de la licita-

(1) T. II. N^os^ 484, 485.

tion, et qu'ils sont les seuls du chef desquels les hypothèques ou d'autres charges réelles auront pu s'établir durant l'indivision.

Telle est notamment la doctrine développée par MM. Aubry et Rau : « Il s'en suit que chacun des cohéritiers « ne devient point, par l'adjudication faite au profit d'un « étranger, créancier définitif d'une partie du prix, dont « il soit autorisé à disposer au profit d'un tiers, ou que « ses créanciers personnels puissent frapper de saisie- « arrêt ; *le droit de chacun des cohéritiers et par suite « de leurs ayants cause sur le prix d'adjudication « demeure subordonné à la liquidation de la succession.* « Par la même raison, les hypothèques établies du chef « de l'un des cohéritiers sur des immeubles licités et « adjugés à un étranger ne continuent de subsister, que « pour la portion du prix d'adjudication attribuée au « constituant, et s'évanouissent complètement lorsque la « totalité de ce prix est assignée à un ou à plusieurs de « ses cohéritiers. Les créanciers hypothécaires qui dans « cette dernière hypothèse auraient négligé de former « opposition au partage, par suite duquel cette assigna- « tion a eu lieu, seraient tenus de la respecter et par « suite de donner mainlevée de leurs inscriptions ». T. VI § 625, p. 564.

M. Demolombe professe la même opinion sous la condition toutefois qu'au moment de la mise en vente les droits de chacun des cohéritiers dans l'immeuble licité n'aient pas déjà été liquidés et déterminés. T. 17, n° 273.

MM. Aubry et Rau n'ont pas formulé cette restriction

mais elle est parfaitement compatible avec leur système.

Elle est d'ailleurs compatible aussi, ainsi que nous le verrons plus loin avec le troisième système, à l'application duquel la Cour de cassation renonce, lorsque le partage ou une attribution ou une indication quelconque précèdent la licitation.

Troisième système : Un troisième et dernier système s'attache exclusivement au texte de la loi. Les termes de l'article 883, dit-on, sont formels. Que portent-ils en effet ? Que chaque héritier est censé avoir succédé seul aux effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation. Ils ne visent donc en aucune façon le cas où c'est l'un des colicitants qui est devenu adjudicataire. Si la licitation est tranchée au profit d'un tiers d'un étranger, elle constitue une vente, et dès lors, conformément aux principes de la vente, l'immeuble adjugé, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, n'arrive à l'adjudicataire que grevé des charges qui ont été établies pendant l'indivision du chef des cohéritiers dont il est l'ayant cause. Et ces charges sont réputées exister jusqu'à concurrence de la part vivile de chacun des vendeurs.

Ce dernier système est celui de MM. Colmet de Santerre (1), Baudry Lacantinerie et Wahl (2). C'est celui de la Cour de cassation depuis 1887.

(1) Revue critique, 1861. p. 490.

(2) Des Successions, III. N° 3290.

Etudes par M. Wahl sur les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage. (Livre du Centenaire du Code civil).

Section II

Jurisprudence

Nous ferons un examen complet de la jurisprudence sur la matière ; elle a tour à tour penché vers le deuxième et le troisième système. Et on peut la diviser en trois phases successives : la première phase va jusqu'au 18 juin 1834 ; la deuxième de cette dernière date au 14 décembre 1887 ; et la troisième de 1887 à nos jours. M. Labbé, dans une note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1887 (1) a recherché comment cette Cour a été amenée à changer sa jurisprudence à différentes reprises, et il estime que la jurisprudence actuelle n'est qu'un retour à celle qu'elle manifesta dès le début.

Nous n'insisterons pas sur les nombreux arrêts que nous rencontrerons. Nous signalerons seulement les arguments et les textes sur lesquels ils se basent. Et c'est plus loin, dans une autre partie de notre étude, que nous discuterons la question dans son ensemble, tant au point de vue pratique, qu'au point de vue théorique.

§ I — *Avant 1834*

Il est peut-être exagéré de dire avec M. Labbé que la jurisprudence s'était nettement prononcée durant cette période ; l'on trouve seulement quelques rares décisions sur notre sujet.

(1) S. 89, 1, 193,

Il semble résulter d'un arrêt de la Cour de Paris du 2 mars 1812 (1), qu'au cas de licitation au profit d'un étranger, l'immeuble qui en est l'objet ne passe à cet adjudicataire étranger qu'avec toutes les charges hypothécaires dont il est grevé, et que l'on ne doit tenir compte en aucune façon du partage du prix de cette licitation, le créancier hypothécaire conservant dans tous les cas la plénitude de ses droits. Ce serait donc la consécration du troisième système.

Mais la question se posa devant la Cour de cassation le 18 mars 1829 (2). Et la Cour suprême semble plutôt avoir évité de la résoudre, en tournant la difficulté, et en décidant que, dans l'espèce, le tiers ne s'étant rendu adjudicataire que des droits de certains des copropriétaires l'indivision ne cessait pas. Les créanciers hypothécaires des communistes sortis de l'indivision conservaient donc leur droit de suite contre l'acquéreur.

Mieux vaut donc dire que durant cette période de jurisprudence était assez indécise.

§ II. — *De 1834 à 1887*

L'impulsion en faveur du deuxième système fut donnée par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 18 juin 1834 (3). Il s'agissait d'une communauté

(1) S. 1812, 2. 433.
(2) S. 1830, 1, 339.
(3) S. 1834, 1, 733.

dissoute par la mort de la femme; le mari, avant que la liquidation ne fut dressée, hypothèqua un conquêt, la licitation suivit, et l'immeuble ayant été adjugé au créancier hypothécaire, celui-ci poursuivit l'ordre et requit sa collocation. Il fut colloqué « sur ce qui reviendrait à son débiteur du prix mis en distribution ». Or le notaire, dans la liquidation, pour couvrir les héritiers de la femme des reprises de la succession contre la communauté, leur attribua en totalité le prix de la licitation.

En conséquence la Cour de cassation déclara : « Que la collocation du créancier hypothécaire était devenue caduque comme portant sur un prix auquel son débiteur n'avait jamais eu droit.

« Attendu, qu'aux termes des articles 1476 et 883 combinés, un acte contenant liquidation et partage soit de communauté, soit de succession n'étant jamais que déclaratif et non attributif de droits, l'ordre du prix d'un immeuble appartenant à cette communauté, qui serait provoqué et même clos avant sa liquidation ne peut jamais (sauf ce qu'il résulte de l'autorité de la chose formellement jugée) avoir pour effet de porter atteinte aux droits de propriété qui sont déterminés par ce même acte, auquel ils sont toujours et nécessairement preexistants. »

Cet arrêt est catégorique et il se base seulement sur l'article 883, et il estime que cet article pose un principe suffisant et formel. Néanmoins, il est bon d'ajouter qu'à l'époque où il a été rendu, les circonstances de la cause

étaient très favorables à cette solution, et que la jurisprudence était unanime à reconnaître que la femme exerçait ses reprises contre la communauté non à titre de simple créancière en concurrence avec les autres créanciers, mais à titre de propriétaire et par voie de prélèvement à leur exclusion, théorie qui n'est plus admise aujourd'hui. Cet arrêt est donc un peu spécial.

L'exemple donné par la Cour de cassation fut pourtant suivi par les Cours d'appel qui essayèrent même d'imprimer plus de force à leur augmentation.

Le 23 janvier 1835 (1) la Cour d'Aix jugea dans le même sens que le créancier de l'un des cohéritiers, ayant hypothèque sur sa part indivise, ne peut être colloqué à l'ordre ouvert pour la distribution du prix des immeubles, qu'après qu'un acte de partage a déterminé les droits de son débiteur et qu'il doit être sursis à la clôture de l'ordre jusqu'à la confection du partage.

On lit parmi les motifs de cet arrêt: «du droit de suivre entre les mains de l'adjudicataire la portion du prix des immeubles de la succession revenant au cohéritier débiteur, ne résulte pas celui de venir prendre dans un ordre et se faire allouer définitivement cette portion du prix, sans qu'il y ait eu partage, qui ait fixé et déterminé cette part ou soit le lot du cohéritier, parce qu'il y a même raison de décider ici que pour le cas de vente de la portion indivise, dont l'art. 2205 du C. c. interdit la

(1) S. 35, 2, 267.

poursuite au créancier personnel avant le partage ou la licitation ; qu'en effet jusqu'au partage nul cohéritier ne peut se dire propriétaire des biens, pas plus de la chose que du prix ; qu'il n'a qu'un simple droit à la chose, droit qui n'est pas le tiers ou le quart de chaque immeuble mais le tiers ou le quart de tous les biens de la succession, droit enfin qui ne se réalise et n'est fixé que par le partage ; en sorte qu'il peut arriver, par l'effet du partage, que le cohéritier ait dans son lot, non pas précisément le tiers ou le quart des immeubles de la succession suivant le nombre d'enfants ou de successibles, mais une part plus grande ou plus petite ou enfin rien du tout, si le lot qui lui échoit est composé d'autres biens. »

La Cour de Paris le 29 novembre 1841, dans un arrêt confirmant un jugement du Tribunal de la Seine du 25 mai 1841, s'appuie sur l'idée de subrogation réelle, le prix représente l'immeuble, c'est un effet de la succession, donc l'article 883 s'appliquera à son partage.

Ainsi donc cette jurisprudence prend corps. Elle n'invoque plus seulement l'article 883, comme la Cour de cassation ; la Cour d'Aix se base également sur l'article 2205 ; enfin la Cour de Paris voit une subrogation réelle du prix à la chose.

La Cour de cassation maintint sa jurisprudence dans un arrêt du 26 juillet 1848 (1) et décida qu'en admettant

(1) S. 48, 1, 561. D. 49, 1, 328.

même que le créancier d'un héritier, qui a pris inscription sur un immeuble indivis adjugé à un tiers par licitation, soit fondé pour conserver son droit éventuel de suite à faire à ce tiers la sommation prescrite par l'article 2169 C. c., les frais en résultant aussi bien que la créance elle-même ne peuvent affecter que la portion du prix de l'immeuble qui par l'effet du partage postérieur viendrait à être attribué au débiteur, alors qu'il n'est pas établi que ces frais ont profité aux créanciers de la succession.

Deux arrêts de la Cour de Grenoble, l'un du 2 juin 1863, l'autre du 19 août 1863 (1) décident pareillement que lorsqu'un immeuble héréditaire a été vendu pendant l'indivision et que le prix encore dû a été attribué exclusivement à l'un des héritiers dans le partage ultérieur de la succession, ce dernier doit être réputé en vertu de l'article 883 avoir été seul propriétaire de l'objet vendu, et l'immeuble doit demeurer libre entre les mains du tiers acquéreur de toutes charges et hypothèques du chef des autres colicitants.

La Cour de Douai se prononça le 5 juin 1866 (2) dans le même sens et dans le même cas. De même la Cour d'Alger dans un arrêt du 24 décembre 1877 (3) au cas d'adjudication à un tiers étranger de divers immeubles dépendant d'une communauté dissoute, à la suite de la

(1) S. 63, 2, 249. D. 64, 2, 100.
(2) S. 67, 2, 257.
(3) S. 78, 2, 214.

saisie qui fut pratiquée par le créancier de l'un des communistes. Cette Cour d'appel va jusqu'à pousser le principe dans ses plus extrêmes limites et à décider que « *l'effet rétroactif du partage s'applique à tous les effets héréditaires de quelque nature qu'ils soient, meubles, immeubles, créances, et parmi les créances, prix de vente.* »

On peut citer encore deux arrêts rendus l'un par la Cour de Paris le 3 juillet 1872 (1), l'autre par la Cour d'Aix le 4 mai 1887 (2).

Durant cette période, M. Colmet de Santerre, dans la *Revue critique* (3) s'est élevé contre cette Jurisprudence, qui, consacrant un principe général avec tant d'insistance, devait l'appliquer à toute indivision : société, communauté, succession. Il s'est efforcé de repousser toutes les considérations pratiques auxquelles elle semblait céder, et il a essayé de faire prévaloir l'interprétation littéraire de l'article 883.

Mais cette théorie avait fait fortune et fut adoptée non seulement par d'autres Cours d'appel mais encore par la Chambre des requêtes qui dans un arrêt du 22 février 1881 (4), rejeta un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Dijon du 23 février 1880. La Cour de cassation est donc unanime à la consacrer. L'arrêt de la Chambre des

(1) D. 74, 2, 23.
(2) Bulletin C. d'Aix, 1888, p. 78.
(3) Année 1864, p. 490.
(4) S. 84, 1, 117. Note de M. le conseiller Babinet.

requêtes est d'autant plus catégorique qu'il concerne une espèce dans laquelle il fallait appliquer les deux principes en apparence contradictoires posés dans les articles 883 et 1220 ; le pourvoi était basé sur une fausse application de l'article 883 et sur la violation de l'article 1220 par l'arrêt attaqué et il proposait d'attribuer à l'article 1220 un empire sans partage lorsqu'il ne s'agit pas d'immeubles. La Chambre des requêtes a décidé que le prix d'immeubles d'une succession adjugés à un étranger faisait partie de l'actif héréditaire indivis, et que, après partage, l'on devait appliquer à ce prix l'article 883 à l'exclusion de l'article *1220, qui prévoit et règle*, dit l'arrêt, *les relations des héritiers avec les débiteurs et les créanciers de la succession et non avec les créanciers des héritiers*. Et M. le Conseiller Babinet, chargé du rapport a présenté des observations remarquables sur la façon dont ces deux articles doivent être interprétés.

§ III. — *Après 1887*

Cette jurisprudence a demi séculaire paraissait définitivement fixée, lorsque brusquement, dans un arrêt du 14 décembre 1887 (1) la Chambre civile de la Cour de cassation revint à l'explication étroite et textuelle de l'article 883.

Voici l'espèce : Touzet, Roquebert et Lapeyrouse se sont associés pour l'achat et la revente de terrains. C'est

(1) S. 89, 1, 193, note de M. Labbé. D. 88, 1, 385.

une société en participation, qui n'a pas de personnalité civile ; en conséquence les immeubles qui en dépendent sont indivis entre tous les associés. Après avoir acheté successivement les domaines de Montlezun et celui de Vilerembert, ils revendirent une bonne partie de ces immeubles moyennant le prix total de 82.000 francs, touché en partie par Roquebert et Lapeyrouse. Ne pouvant obtenir de comptes Touzet provoqua la dissolution de la Société. La liquidation dressée par notaire commis déclara Roquebert et Lapeyrouse débiteurs de Touzet le premier de 56.545 francs, le second de 56.308 et attribua à Touzet, pour le couvrir, le solde des sommes restant dues sur le prix de vente par parcelles du domaine de Montlezun. La liquidation fut homologuée suivant jugement rendu par le tribunal civil de Muret le 17 juillet 1879.. A l'ordre ouvert pour la distribution de ces prix au greffe du tribunal de Carcassonne, des créanciers personnels de Roquebert et de Lapeyrouse produisirent invoquant des inscriptions d'hypothèque judiciaire. Ils furent colloqués. Mais Touzet, se basant sur une jurisprudence jusqu'alors unanimement admise, éleva ce contredit, « que les hypothèques des créanciers personnels d'un copartageant ne peuvent porter que sur la part du prix en distribution attribuée à leur débiteur par l'effet de la liquidation et que dans l'espèce cette part est nulle. »

Ce contredit fut repoussé par un jugement du tribunal de Carcassonne et un arrêt de la Cour de Montpellier.

Touzet se pourvoit en Cassation et la Chambre civile rendit le 14 décembre 1887 un arrêt de rejet ainsi motivé:

« Attendu que la disposition de l'article 883 a son application, toutes les fois que les propriétaires par indivis d'immeubles font cesser cette indivision, par un partage ou une licitation qui attribue à l'un d'eux les objets qu'ils possédaient indivisément.

Mais attendu qu'il n'en saurait être ainsi quand les copropriétaires ne partagent ni ne licitent entre eux les objets possédés indivisément mais les vendent à des tiers.

Qu'à la propriété indivise des objets possédés par eux, succède alors la propriété de prix de vente divisés conformément au principe de l'article 1220 du Code civil ; que dans ce cas il n'est pas possible de réputer propriétaires avant la vente des tiers qui auparavant n'avaient aucune espèce de droit sur les objets par eux acquis ; que la période d'indivision n'est donc effacée par aucune fiction légale ; qu'elle subsiste dans toute sa réalité et que les droits constitués sur les objets possédés indivisément subsistent aussi avec les effets juridiques que leur a donnés la convention des parties.

Attendu que les hypothèques constituées par Lapeyrouse et Roquebert pendant l'indivision étaient valables sur la part indivise qu'ils avaient dans les immeubles hypothéqués, qu'elles n'ont pu être effacées par la vente de ces immeubles à des tiers, et l'attribution des prix de vente, que les associés ont faite à l'un d'eux dans la

liquidation de la société ; qu'elles doivent valoir sur la portion du prix qui représente la part qu'avait dans la propriété celui qui les a constituées ; qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué n'a violé aucune des dispositions de loi invoquées par le pourvoi, mais en a fait une juste application. »

La surprise fut grande ; c'était la rupture complète avec toute la jurisprudence antérieure, et cela subitement, sans que rien n'ait pu la faire prévoir.

Aussi tous les efforts furent-ils faits pour concilier cet arrêt avec celui de 1881.

On a immédiatement fait remarquer que, à six années de distance, la Cour de cassation donnait deux interprétations absolument différentes de l'article 1220. En 1881 elle décidait que l'article 1220 réglait les relations des héritiers avec les débiteurs et les créanciers de la succession et non avec les créanciers de leurs héritiers. C'était formel, et pourtant en 1887, elle dit qu'en cas de vente par les communistes à un tiers, à la propriété indivise des objets possédés et vendus par eux succède la propriété des prix de vente, qui, à l'égard de leurs créanciers personnels se divisent de plein droit entre les copropriétaires vendeurs conformément à l'art. 1220.

Comment résoudre la difficulté. Il paraissait impossible que la Cour de cassation se soit démentie elle-même. Aussi chercha-t-on dans les faits soumis à la Cour suprême des arguments pour expliquer ces deux arrêts. La contradiction, disait-on, n'existait qu'apparemment.

La différence des espèces soumises en 1881 et 1887 à la Cour de cassation a d'abord été invoquée, et certains, M. Crèpon Conseiller-rapporteur lui-même, estimaient que le fait initial de la mise en vente avait une influence sur l'effet rétroactif de l'attribution du prix à tel ou tel des intéressés. La vente est-elle poursuivie à la requête d'un créancier de la succession et après saisie, elle est alors inévitable, la cause des divers communistes est digne d'un plus grand intérêt, et c'est le cas d'appliquer la jurisprudence extensive de l'article 883, et cette application fut faite par la Chambre civile en 1881.

Mais si, au contraire, comme dans l'espèce de l'arrêt de 1887, on se trouve en face d'une licitation volontaire, si la vente est le résultat de la volonté des communistes, c'est à l'interprétation restrictive de l'article 883 que l'on doit avoir recours.

Il est évident que c'est là un vain moyen de conciliation ; inutile, en effet d'envisager les deux espèces soumises à la Cour de cassation, car dans leurs considérants les deux arrêts posent la question au point de vue général.

On ajoutait encore la considération suivante : il ne s'agissait en 1887, ni d'une licitation, ni même d'une vente faite en vue d'un partage, mais bien d'une vente volontaire faite à un tiers par des propriétaires indivis ; et l'on ne saurait considérer cette opération comme un acte préparatoire à une liquidation à un partage ; l'on appliquera l'article 883, lorsqu'on se trouvera en face d'une

liquidation quelconque préalablement à laquelle une licitation a été ordonnée ; mais l'application des principes de la vente s'imposait en 1887, chacun des communistes Touzet, Roquebert, et de Lapeyrouse, était vendeur pour sa part virile à concurrence d'un tiers, et c'est donc le tiers du prix qui revenait à leurs créanciers respectifs.

Malheureusement l'article 883 dans ses dispositions ne se préoccupe en aucune façon des circonstances dans lesquelles la licitation, le partage, l'acte faisant cesser l'indivision ont lieu. Il pose le principe général de l'effet déclaratif du partage.

M. Labbé disait, dans sa note sous l'arrêt de 1887, qu'on pouvait trouver un moyen d'établir une harmonie rationnelle entre ces deux décisions divergentes de la Cour suprême. Dans l'espèce de l'arrêt de 1887 on se trouvait en présence d'une vente faite amiablement et d'un commun accord par les communistes à un tiers ; cette opération avait lieu à une époque où il existait entre les vendeurs une société en participation ; c'était une opération sociale normale, et plus tard seulement, la dissolution fut prononcée et l'établissement des comptes eut lieu. Or le prix de la vente devenu valeur sociale s'était partagé entre les associés dans la mesure de leurs droits dans la société ; les créanciers hypothécaires étaient en droit de compter sur ce mode de répartition. Et la liquidation des droits des parties postérieure à la dissolution ne pouvait modifier la situation des créan-

ciers. Au contraire lorsque, comme dans l'arrêt de 1881, on se trouve en face d'une indivision, qui a sa source dans une communauté dans une succession, les créanciers savent qu'il y a là un état provisoire, que la liquidation est proche et que la liquidation seule fixera les droits des parties.

Toutes ces distinctions sont bien subtiles et leurs bases bien fragiles. Elles ont été très longuement développées après l'arrêt de 1887. Mais en réalité, jamais elles n'avaient dû être dans la pensée des magistrats au moment où les arrêts de 1881 et 1887 avaient été rendus ; la jurisprudence postérieure l'a bien prouvé.

Et c'était dépenser des efforts inutiles que de vouloir concilier deux arrêts développant en termes absolus deux théories contraires.

La Chambre civile avait donc formellement répudié, dans l'arrêt de 1887, la décision émise par la Chambre des requêtes en 1881.

Le moindre doute ne pouvait subsister, car pour compléter le contraste avec les arrêts antérieurs un autre arrêt de la Chambre civile en date du 17 février 1892 (1) déclarait que l'effet déclaratif du partage est sans application, lorsque l'adjudication sur licitation a été prononcée au profit d'un tiers, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix.

« Attendu que l'article 883 ne vise que le cas ou l'adju-

(1) S. 94, 1, 417. D. 92, 1, 191.

dication a lieu au profit de l'un des colicitants ; qu'il est donc sans application, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, lorsque l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers, qui n'avait antérieurement aucun droit sur les effets acquis ; que, dans ce cas les droits constitués pendant la durée de l'indivision subsistent sur les biens licités avec tous les effets juridiques, que leur a donnés la convention des parties. »

Cet arrêt s'est approprié presque textuellement la partie doctrinale de l'arrêt du 14 décembre 1887 ; pourtant il vise un cas absolument différent, la licitation avait été ordonnée préalablement et comme moyen préparatoire à la liquidation d'une communauté, l'immeuble hypothéqué était un conquêt de cette communauté, et le constituant le conjoint survivant. Il casse un arrêt de la Cour de Dijon, qui s'était nettement prononcée pour la doctrine enseignée par MM. Aubry et Rau et Demolombe et consacrée par l'arrêt de 1881.

Il est bon d'observer que parmi les motifs de l'arrêt de 1892 ne figure point l'article 1220. On s'était donc trop pressé de tirer des conclusions à ce sujet d'un motif évidemment erroné.

A son tour la Chambre des requêtes répudie formellement la doctrine qu'elle avait adoptée dans son arrêt de 1881 pour se rallier à l'opinion de la Chambre civile et rend le 19 octobre 1896 (1) un arrêt dans lequel elle

(1) S. 98, 1, 41. D. 97, 1, 44.

emploie d'ailleurs identiquement les termes de cette dernière. Elle y ajoute pourtant :

« Attendu que dans ce cas (licitation au profit d'un tiers) la licitation substitue à la propriété indivise des immeubles possédés par les colicitants la propriété de prix de vente régis par les principes de la vente et non par ceux du partage. »

Elle rejette un pourvoi interjeté contre un arrêt de la Cour de Montpellier du 7 mars 1895.

Les Cours d'appel essayèrent d'abord de résister, notamment les Cours d'appel de Toulouse (30 juillet 1888. S. 89, 2, 99), de Dijon (20 mars 1899. S. 99, 2, 179), d'Orléans (25 juillet 1890. S. 91, 2, 167).

Mais elles finirent par se rallier à la doctrine de la Cour suprême. Ainsi la Cour de Caen adopta le système nouveau par deux arrêts l'un du 30 octobre 1894, l'autre du 1er mai 1899 (1) ; et dans ce dernier on tire même cette conclusion extrême « que le rapport des dettes et des dons (en moins prenant), auquel peut être tenu celui qui a hypothéqué sa part dans l'immeuble licité, ne constitue au profit de ses cohéritiers qu'une créance chirographaire primée par l'hypothèque qui n'a pas cessé de grever l'immeuble licité entre les mains de l'adjudicataire. »

De même la Cour de Douai par un arrêt du 26 mars 1896 (2).

(1) D. 1900, 2, 49, note de Loynes. — S. 1903, 2, 103.
(2) P. F. 97, 2, 124.

La Cour de Rennes résista encore le 21 décembre 1898, mais son arrêt fut réformé par la Chambre civile de la Cour de cassation le 7 juin 1899 (1). Aussi le 27 juillet 1899 dans un nouvel arrêt la Cour de Rennes dut-elle s'incliner.

Nous citerons plus loin l'espèce dans laquelle fut rendu ce dernier arrêt. Ses conséquences sont telles qu'à elles seules, pourrait-on dire, elles condamnent la solution imposée par la Cour de cassation.

(1) S. 99, 1, 457.

CHAPITRE II

Proposition de loi émanant du Comité des notaires des départements

La publication de ces diverses décisions a causé dans le monde des affaires une émotion profonde. La Chambre des notaires de Paris s'est émue de ce revirement dans la jurisprudence à propos d'une question qui présente pour le notariat un intérêt capital. Tous les jours les notaires reçoivent en effet des clients désireux d'emprunter une somme d'argent et offrant une constitution d'hypothèque sur leur part dans un immeuble indivis ; et lorsqu'ils ont à dresser une liquidation de succession ou même de communauté il est rare qu'ils ne se trouvent en présence d'hypothèques de cette nature. Quel sera dans ces cas leur devoir, quelle conduite devront-ils adopter pour sauvegarder les intérêts qui leur sont confiés, et surtout quelle sera leur responsabilité ?

Si l'un d'eux, toujours dans l'exemple que nous avons choisi, agissant en qualité de negotiorum gestor responsable, fait prêter par un de ses clients 10.000 fr. à Tertius avec constitution d'hypothèque sur la part de ce dernier dans l'immeuble indivis ; la licitation survient, un ordre s'ouvre pour la distribution du prix ; et la jurisprudence qui n'est point fixée sur l'application de

l'article 883 opte à ce moment pour le deuxième système.

Le prêteur ne pourra obtenir aucune collocation en sa faveur et l'officier ministériel encourra une lourde responsabilité que quelques années plus tard une nouvelle variation de la jurisprudence aurait pu lui éviter. Ou bien encore, un notaire est appelé à dresser une liquidation partage en double minute avec un de ses confrères, ce dernier représentant un ou des communistes qui sont dans le cas de Tertius, tandis que les intérêts qui lui sont confiés sont au contraire analogues à ceux de Primus et de Secundus. Comment doit-il essayer de diriger les opérations ? Selon l'état de la jurisprudence, sa tactique et les moyens à employer diffèrent totalement.

Il y a là une foule de questions et de procès, dont la solution dépend uniquement de la façon dont on applique l'article 883. Et l'on comprend que la Chambre des notaires de Paris, voyant en 1897 la Cour de cassation persister dans l'opinion qu'elle avait émise dix ans plus tôt, ait chargée une Commission recrutée parmi ses membres d'une étude spéciale sur cette matière.

Le Comité des notaires des départements fut lui-même saisi, et l'on conclut, après de longues discussions, à l'application du deuxième système seul conforme à l'esprit de la loi, si non à son texte, et qui du reste semblait définitivement adopté après avoir été consacré par la Doctrine et la Jurisprudence durant 50 ans.

La Commission de la Chambre des notaires de Paris et le Comité des notaires des départements décidèrent aussi que l'art. 883 était conçu dans des termes trop restreints.

L'effort fait par les magistrats de 1834 à 1887 pour se conformer à l'esprit de la loi plustôt qu'à son texte avait dû paraître ensuite excessif et trop hardi, si bien que, malgré le regret général, la Cour de cassation et la plupart des Cours d'appel avaient dû revenir de l'interprétation restrictive du texte de l'article 883.

C'était donc au Parlement qu'il appartenait de faire cesser cet état de choses, en modifiant la loi dans des limites aussi restreintes que possible.

Il fallait d'abord, que, l'effet déclaratif soit appliqué au partage du prix de la licitation d'immeuble au profit d'un tiers, comme aussi aux créances et aux autres valeurs successorales. Il fallait enfin, que l'héritier débiteur d'un rapport ne puisse, avant le partage, disposer au préjudice de ses cohéritiers de sa part virile dans les biens successoraux, soit à son profit personnel, soit au profit d'un tiers, et qu'en aucun cas ses créanciers n'aient plus de droits que lui-même.

Dans ce but, la proposition de loi suivante fut émise (1) ; non seulement elle élargit l'application de l'article 883, mais encore elle modifie l'article 1220 en ce qui concerne la divisibilité des créances, et l'article 882

(1) Circulaire trimestrielle du Comité des Notaires des départements. N° 245.

au sujet de la limite des droits d'un créancier personnel d'un héritier vis-à-vis des cohéritiers de celui-ci.

ART. 882

Il est ainsi conçu :

« Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que « le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peu- « vent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur « présence ; ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais, « mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, « à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux « et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient « formée. »

Y ajouter l'alinéa suivant :

Ils n'exercent leurs droits sur la part de leur débiteur qu'après tous rapports et prélèvements opérés.

ART. 883

« Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et « immédiatement à tous les effets compris dans son lot, « ou à lui échus par licitation, et n'avoir jamais eu la « propriété des autres effets de la succession. »

Ajouter :

L'application de ce principe s'étend au produit de la réalisation de tous biens successoraux pendant l'indivision.

ART. 1220

Quant à cet article :

« L'obligation qui est susceptible de division, doit

« être exécutée entre le créancier et le débiteur comme
« si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application
« qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent deman-
« der la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour
« les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus
« comme représentant le créancier ou le débiteur. »

Il serait rédigé ainsi :

L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, suivant les règles établies au titre des successions.

En rayant de l'art. 1220 la manière dont se divisent les créances et les dettes entre héritiers pour renvoyer aux règles établies au titre des successions, l'on effacerait de cet article la dérogation au droit commun que le législateur paraît avoir créé en ce qui touche les créanciers, sans se rendre compte sans doute des conséquences pouvant en résulter. Il ne s'agit nullement de supprimer la saisine légale qui continuera à s'appliquer aux créances comme aux autres biens de la succession, conformément à l'art. 724 du C. c. Mais cette saisine ne devra plus faire obstacle aux effets du partage ultérieur.

De nombreux auteurs prétendent en effet que l'art. 1220 constitue en ce qui touche les créances une exception au principe de l'art. 883 ; la jurisprudence elle-même est hésitante sur ce point. Si exception il y a, le nouveau texte la supprime.

ART. 1221

Il devrait par suite être légèrement modifié et débuter ainsi :

Le principe de la divisibilité à l'égard des héritiers du débiteur reçoit exception 1° dans...

au lieu de : « le principe établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur : 1° dans... »

Il est en effet indispensable de supprimer de l'art. 1221 les mots : « *établi dans l'article précédent* » puisque l'on retranche de l'article 1220 tout ce qui pourrait être considéré comme l'établissement d'un principe nouveau, dérogeant au droit commun.

L'adoption de cette proposition de loi serait évidemment la meilleure solution. Mais l'appareil législatif est bien lourd à manœuvrer, et son fonctionnement est bien lent.

CHAPITRE III

Discussion de la Jurisprudence actuelle de la Cours de Cassation

Nous faisons partie des adversaires résolus de la jurisprudence de la Cour suprême. Voyons, d'abord, si on peut la justifier, soit au point de vue pratique soit au point de vue juridique, et ensuite, s'il n'est pas possible de faire revenir la Cour de cassation sur sa jurisprudence, en continuant la lutte devant les tribunaux et les Cours d'appel avec la pensée d'arriver à porter la question devant les Chambres réunies de la Cour de cassation.

Section I

Point de vue pratique

Prenons la Cour de Rennes. Voila une Cour d'appel, qui a d'abord résisté à la Cour de cassation, mais qui s'est ensuite inclinée dans un arrêt du 27 juillet 1899 (1), réformant un jugement du tribunal de Rennes en date du 21 décembre précédent.

Nous citerons l'espèce de cet arrêt pour mieux montrer l'influence néfaste de la nouvelle jurisprudence.

(1) J. N. 27.005.

Un seul immeuble existait dans la succession liquidée judiciairement et la licitation en avait été ordonnée comme mesure préalable au partage. Un des deux cohéritiers devait un rapport supérieur à ses droits héréditaires. En outre, ce qui rend l'espèce plus intéressante, cet héritier tenu au rapport était légataire de la quotité disponible et avait ainsi droit aux deux tiers de la succession ; sa cohéritière était réduite à la réserve soit un tiers.

Le notaire commis procéda à la liquidation selon les règles, en remplissant l'héritier débiteur au moyen de son rapport par application des articles 829 et 830 du Code civil. Les parties conclurent à l'homologation du partage. Mais les créanciers hypothécaires de cet héritier intervinrent, sans contester la justesse des opérations entre parties, mais pour prétendre que le partage ne saurait avoir un effet déclaratif dans l'espèce, et que l'article 830 prévoit les relations des cohéritiers entre eux et non celles des cohéritiers avec les tiers.

Le jugement de première instance, tout en reconnaissant que l'effet déclaratif contenu en l'article 883 n'est pas applicable au prix de la licitation au profit d'un tiers à cause de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, fit état de l'article 830 qui exige que le rapport de valeurs mobilières ait lieu en moins prenant ; il expliqua que cet article avait été inspiré par un double but, l'un juridique appliquant aux successions les principes de la compensation, l'autre d'équité ; et il ajouta que rien ne justifiait la prétention de limiter l'article 830 aux parties entre elles.

L'arrêt de la Cour de Rennes, sans s'arrêter aux raisonnements faits par le jugement sur l'art. 830, a statué comme la Cour de cassation en ces termes :

« Considérant que l'article 883 est applicable seulement lorsque l'adjudication est prononcée au profit d'un des colicitants ; qu'au regard des créanciers hypothécaires, l'héritier doit être considéré comme un propriétaire qui vend sa part héréditaire, et que l'attribution du prix à un des cohéritiers ne peut faire échec aux droits des créanciers hypothécaires. »

Cet arrêt a réformé le jugement, et ordonné que la liquidation fut modifiée, en ce qui concerne le prix de la licitation.

Ainsi les créanciers personnels de l'héritier passible du rapport ont obtenu plus que l'attribution normale qui devait être faite à ce dernier, et ce au préjudice même de sa cohéritière, car celle-ci, au lieu d'être nantie suivant la règle en valeurs successorales réelles qui étaient largement suffisantes pour composer toute sa réserve, a vu les créanciers de son frère prélever une partie de ces valeurs et lui laisser une créance quasi fictive contre son cohéritier insolvable.

C'est là un résultat inique, s'il en fut un. La règle des rapports en moins prenant et des prélèvements est méconnue. Et le principe supérieur de l'égalité en matière de partage, principe d'ordre public qui a dominé pendant cinquante ans, devient lettre morte. Enfin la

réserve elle-même que le législateur a voulu garantir le plus possible est atteinte, et peut même disparaître.

§ I. — *Des copartageants et du créancier hypothécaire*

Il y a deux catégories d'intéressés en présence : les copartageants du débiteur, et ses créanciers hypothécaires. Lesquels doivent l'emporter.

Les créanciers hypothécaires, répondent les partisans de cette jurisprudence, ont besoin d'être fixés au plus tôt sur l'étendue de leur garantie ; peuvent-ils attendre indéfiniment un partage où d'ailleurs ils risquent d'être lésés. Avec le système qui admet l'effet déclaratif, les créanciers hypothécaires seront à la merci de leur débiteur, qui, d'accord avec ses copartageants, pourra se livrer à toutes sortes de combinaisons frauduleuses. C'est ce que la loi et la Cour de cassation n'ont pas voulu ; il faut que dès le jour de l'adjudication le sort du créancier soit fixé, qu'il sache qui est vendeur et dans quelle proportion ; en un mot il doit être à l'abri de tout aléa.

Cet argument n'a pas la portée qu'on lui prête. D'abord personne ne peut forcer un individu à prêter sur des biens indivis ; avant la réalisation du prêt tout bailleur de fonds, se renseigne sur l'origine de propriété des immeubles, qui lui sont donnés en gage, et il sera toujours averti des dangers qu'il peut courir. S'il les affronte, c'est à ses risques et périls, lui seul doit supporter les conséquences de ses actes, c'est de toute

justice ; tandis qu'il y a la plus flagrante iniquité à faire subir au copartageant de son débiteur le résultat d'une opération à laquelle il est complètement étranger. — Quant aux fraudes possibles, le créancier n'aura qu'à intervenir au partage pour les déjouer. M. Albert Wahl estime, il est vrai, que ce droit d'intervention n'est pas un remède suffisant. « L'expérience montre, dit-il, que les créanciers ignorent souvent l'imminence du partage ; leur intérêt ne suffit pas à dicter les distributions, lesquelles dépendent de beaucoup d'autres considérations; les lots sont tirés au sort ; enfin il y a des créanciers hypothécaires, et ce sont les plus intéressants, les mineurs et les femmes mariées, qui ne sont pas généralement en situation de faire valoir leurs intérêts. » Mais peu importe, les incapables ont des protecteurs, et l'article 882 ne peut être appliqué partiellement si non mieux vaut la supprimer.

Il y a plus. Cette jurisprudence donne une prime aux créanciers du fils de famille prodigue ou malheureux, si ce dernier est appelé à recueillir des successions immobilières ; car ils se procureront facilement une hypothèque judiciaire, et ils pourront ainsi évincer des cohéritiers qui n'ont rien reçu par anticipation.

Enfin, rien n'est plus simple pour l'héritier insolvable débiteur d'un rapport que de trouver un créancier hypothécaire fictif qui viendra partager avec lui le bénéfice d'une action malhonnête. L'acte de prêt doit être authentique, mais les espèces ont pu être versées hors la vue du

notaire, et même si elles ont été versées réellement à la vue de ce dernier, le prêt peut être simulé, le fait s'est produit.

La femme d'un héritier prenant lors des formalités de purge son inscription d'hypothèque légale sur l'immeuble adjugé à un tiers pourra entraver indéfiniment une liquidation, provoquer une enchère, exposer les cohéritiers de son mari à des recours en garantie, à des indemnités très onéreuses du chef de l'adjudicataire évincé ou en péril de l'être.

Ce sont d'interminables procès et d'incessants recours qui vont surgir dans les familles. N'est-il pas plus conforme à la justice et à l'équité de préférer les cohéritiers aux créanciers.

Les partisans de la jurisprudence actuelle se placent quelquefois sur le terrain économique. Grâce au maintien des hypothèques une part indivise dans un immeuble devient une valeur susceptible de donner du crédit ; c'est là un avantage sérieux pour les communistes. Cette considération est juste, mais ne suffit pas. S'il est bon d'étendre le crédit de quelques individus et de favoriser la libre circulation des biens, l'on ne doit pas pour cela compromettre les intérêts des autres.

§ II. — *Du tiers adjudicataire*

Quant au tiers au profit duquel la licitation a eu lieu, il a également un intérêt très grand à être fixé sur la

nature exacte du contrat qu'il vient de passer avec les communistes.

Si l'on applique la jurisprudence de la Cour de cassation, les créanciers de chacun des copartageants pourront accomplir tous les actes qu'autorise à leur profit la vente faite par leur débiteur, et notamment faire à l'acquéreur, c'est-à-dire au tiers adjudicataire, sommation de payer ou délaisser, ou exercer sur l'immeuble vendu une surenchère. Et il est facile de voir toutes les difficultés, tous les recours qui vont se produire. La situation des parties respectives risque d'être considérablement troublée.

Si l'on admet avec les adversaires de la Cour de cassation que les droits des créanciers hypothécaires des copartageants ne sont fixés que par le partage qui suit la licitation, la situation du tiers adjudicataire est tout autre. Il est d'abord certain qu'il n'aura à se préoccuper que des charges pesant sur le bien acquis du chef de l'attributaire du prix, et n'aura pas de surenchère à craindre de la part des créanciers des autres colicitants. Il attendra donc patiemment le partage, il pourra même consigner son prix, mais il ne pourra purger, car à qui notifierait-t-il son titre.

M. Demolombe va plus loin et tranche totalement la difficulté en faisant remarquer, avec juste raison d'ailleurs, que la situation du créancier du communiste au lot duquel le prix a été mis, n'est pas la même que celle d'un créancier ordinaire ; il a pour ainsi dire été lié au partage, il est partie à l'acte. Lui aussi n'avait qu'à y

intervenir en vertu de l'article 882. S'il est intervenu, il aura évité toute fraude, et une fois le partage consommé il n'est pas recevable à en attaquer les opérations ; dans le cas contraire il est forclos car il est considéré irrévocablement comme ayant été représenté par son débiteur.

Donc notre adjudicataire n'aura pas de purge à faire. S'il purge, et si l'on admet le créancier à faire surenchère, on va à l'encontre de l'article 882, c'est permettre au créancier d'attaquer le partage consommé.

M. Demolombe ajoute : « Il est clair que ceux des cohéritiers qui n'ont pas de créanciers verraient leur condition empirée et leurs droits compromis si l'adjudicataire pouvait être évincé par les créanciers particuliers de leurs cohéritiers, puisque cet adjudicataire, tant qu'il serait menacé de cette éviction pourrait refuser de payer la part qui lui reviendrait dans le prix (art. 1653) et que s'il avait subi cette éviction il exercerait contre eux une action en garantie et en dommages-intérêts (art. 1626 et suiv. 2178). »

M. Demolombe estime que le droit comme l'équité et l'intérêt général sont en faveur de sa théorie ; elle a d'ailleurs été consacrée par divers arrêts.

Section II

Point de vue juridique

Au point de vue pratique donc, la théorie de la jurisprudence de la Cour de cassation est condamnable. Cela pourrait suffire, car, pour beaucoup d'esprits les argu-

ments pratiques sont prépondérants, et rien ne sert à un système d'être basé sur les arguments juridiques les plus puissants, si ses conséquences sont néfastes, MM. Baudry Lacantinerie et Wahl ne sont pas de cet avis : « Ce sont là des raisons de sentiment très puissantes, disent-ils, mais qui n'entament pas les objections résultant du texte et de l'esprit de l'article 883. »

Nous essayerons d'abord, nous basant sur l'article 883 seul de critiquer la jurisprudence de la Cour de cassation. Puis, mettant absolument de côté l'article 883 et la fiction de l'effet déclaratif de partage, nous verrons si cette jurisprudence n'est pas en contradiction avec les principes les plus élémentaires du droit.

C'est à un argument historique que ses partisans ont d'abord recours. L'ancien droit, les anciens auteurs, l'ancienne jurisprudence, qui firent prévaloir le principe de l'effet déclaratif du partage, l'écartaient lorsque la vente ou la licitation étaient faites au profit d'un étranger, le contrat était alors passible des droits de lods et ventes, l'article 883 n'a pu changer cet état de choses. Cela est exact mais signifie seulement qu'autrefois comme aujourd'hui l'étranger adjudicataire n'était pas censé avoir succédé seul au défunt, et avoir dès l'instant où l'indivision a pris naissance été seul propriétaire du bien vendu. Mais l'ancien droit ne s'était pas prononcé sur le point de savoir si le partage du prix d'adjudication détermine dans quelle mesure chaque communiste a été vendeur de ce bien.

La licitation, tout le monde en convient, n'est autre chose qu'une opération préalable et souvent nécessaire, dont le but est de substituer à la division de l'héritage en nature la division du prix qui le représente entre les ayants droit. Peu importe que l'immeuble ne puisse être réparti commodément, ou qu'aucun des copartageants ne veuille s'en charger.

Si l'acquéreur est un étranger, la licitation à son égard affecte le caractère d'une vente. Elle constitue donc une opération translative et non déclarative. Ce n'est pas à titre successif que le tiers est devenu propriétaire, il ne tient pas l'objet de son acquisition de la personne même du défunt, il le reçoit de l'hérédité.

L'article 883 n'est donc pas applicable aux rapports des cohéritiers avec l'étranger acquéreur, les droits hypothécaires constitués sur l'immeuble licité en cours d'indivision du fait de l'un des cohéritiers ne disparaissent pas, mais subsistent pour être transportés le prix.

Cet article vise donc seulement les relations des communistes entre eux, et c'est dans l'interprétation de ce texte qu'on peut chercher la solution de la délicate question des conséquences du partage.

Nous savons qu'il n'a pas seulement pour but de consolider entre les mains de l'attributaire la propriété des biens entrés dans son lot, mais qu'il est en même temps et surtout destiné à permettre à chaque héritier de prendre dans la masse la part entière qui lui revient, sans avoir à souffrir des actes de ses cohéritiers.

Pour que son but soit atteint, il ne faut pas se contenter d'une interprétation restrictive de son texte, et l'on ne doit pas hésiter à faire rentrer dans ces mots : « effets de la succession » les prix des biens vendus.

Il s'opère donc une sorte de subrogation réelle, substituant le prix à l'immeuble, *in judiciis universalibus res succedit in loco pretii et pretium in loco rei.* Cette idée de subrogation certes pourrait servir à justifier notre opinion, elle n'est pas sans exemple, l'article 747 al. 2. du Code civil le prouve, et la Jurisprudence elle-même non seulement donne à cet article une extension chaque jour plus grande et qu'on peut même qualifier d'excessive, mais admet aussi en l'absence de texte la subrogation du prix à la chose ; au cas de la séparation des patrimoines elle admet que la séparation s'applique au prix du bien héréditaire vendu par l'héritier. On trouve enfin dans un arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 1895 (1) le considérant suivant : « la valeur du domaine licité est entrée dans la masse partageable au lieu et place de l'immeuble. »

Nous préférons pourtant décider que la subrogation ne doit pas être admise sans un texte formel, mais suivons ceux qui justifient notre opinion en la basant sur cet argument.

Si le prix de la licitation autrement dit la créance contre l'acquéreur, leur répond-t-on immédiatement, devient

(1) S. 95, 1, 350. D. 96, 1, 9.

un effet de la succession une valeur héréditaire, ne va-t-il pas se trouver soumis à l'article 1220 du Code civil et par suite être divisé de plein droit entre les héritiers comme le sont les créances successorales. C'est l'argument de l'arrêt de 1887.

Et se présente alors la question de savoir si la rétroactivité de l'article 883 s'applique aux créances.

Certains auteurs enseignent que la division légale des créances héréditaires écrite dans l'article 1220 ne constitue pas au profit de chacun des héritiers un droit définitif à sa part dans ces créances et reste subordonnée au résultat du partage, mais il n'y a pas unanimité de doctrine et de jurisprudence en ce sens.

L'on pourrait dire que le prix de la licitation ne se trouvait pas dans la succession au jour du décès, qu'il est donc une créance *sui generis*. Il n'est entré dans la succession à la place de l'immeuble que précisément en vue du partage.

Et cette argumentation suffirait si elle était irréfutable, mais elle ne l'est pas. La subrogation réelle est de droit étroit et l'on ne peut pas l'admettre sans un texte formel ni l'étendre d'un cas prévu à un autre cas non prévu. D'autre part, il est difficile d'affirmer purement et simplement que le partage des créances est soumis aux mêmes règles que celui des autres biens héréditaires, la difficulté de concilier les articles 883 et 1220 existant réellement.

Donc, ainsi que nous l'avons déjà dit, il faut prévenir l'argument que l'effet déclaratif du partage s'appliquant uniquement aux biens dépendant de la succession ne peut s'appliquer dans notre cas, et abandonner complètement les articles 883 et 1220. C'est le parti qu'ont pris les Cours d'appel qui ont statué récemment sur la question.

La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation va à l'encontre des principes immuables en matière hypothécaire.

Et en effet pour hypothéquer un immeuble comme une partie d'immeuble, il faut en être propriétaire *Nemo dat quod non habet.* Mais il n'est pas nécessaire d'en être propriétaire incommutable. Celui qui a un droit conditionnel ou rescindable sur un immeuble peut le grever d'une hypothèque ; seulement cette dernière demeurera soumise à toutes les vicissitudes du droit du constituant Voilà ce que nous dit le Code civil dans les articles 2124 et 2125 qui sont des applications de ces règles de bon sens « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* « » *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* »

En notre hypothèse, hypothèque de biens indivis, l'art. 2205 ajoute l'interdiction pour le créancier d'un communiste d'exproprier la part de son débiteur dans l'immeuble pendant l'indivision. Il peut seulement provoquer le partage ou y intervenir. On ne peut pas mettre en vente la part indivise d'un débiteur dans une chose commune,

parce que, jusqu'au partage cette part n'est pas connue. Jusqu'à ce moment en effet il est incertain si les prélèvements pour l'acquit du passif ou les opérations des rapports n'absorberont pas en tout ou en partie la quote-part du débiteur.

Ces textes sont formels et inconciliables avec la jurisprudence de la Cour suprême.

Mais il y a plus, et voyons comment s'opère la dévolution d'une hérédité entre les divers cohéritiers. Chacun de ces derniers a droit en principe à une part indivise dans tous les biens, mais cette part est au début abstraite idéale, et elle ne se réalisera que, lorsque, les opérations de partage terminées, une répartition des biens aura été faite entre eux. L'héritier est donc d'abord propriétaire sous condition de partage.

Et les règles relatives à la formation de la masse partageable sont indiquées dans les articles 829 et 830 du Code civil : « Chaque héritier fait rapport à la masse suivant les règles qui seront ci-après établies des dons qui lui ont été faits, et des sommes dont il est débiteur ». « Si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers, à qui il est dû, prélèvent une portion égale sur la masse de la succession. Les prélèvements se font, autant que possible, en objets de mêmes nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature. »

D'après ces articles et toujours avec l'exemple que nous avons choisi, Tertius devra rapporter à la masse la somme de 10.000 francs qu'il a reçue en avancement

d'hoirie de son père Quartus. Il en fera le rapport en moins prenant. Et ce rapport en moins prenant s'effectuera par voie de prélèvement au profit de Primus et de Secundus, qui prendront chacun avant tout partage la somme de 10.000 francs sur le prix de l'immeuble licité. Et ce n'est que lorsque les prélèvements ont eu lieu et ont ainsi égalisé la situation des parties, que ces dernières doivent se partager par portions égales le surplus de la masse. Après ces prélèvements seulement a eu lieu la composition des lots. Tel est l'ordre des opérations d'après les termes impératifs de l'article 831.

Et alors n'est-on pas en droit de dire que le communiste n'est propriétaire que sous condition de rapport, puisqu'il n'aura droit à la masse, puisqu'aucune portion de cette masse ne pourra lui être attribuée que si les rapports et les prélèvements ont été opérés. Et si les prélèvements absorbent tous les biens de la succession notre cohéritier tenu au rapport, Tertius en l'espèce, doit être considéré rétroactivement comme n'ayant jamais eu aucun droit sur ces biens, et les hypothèques qu'il a pu consentir se trouvent donc n'avoir jamais existé.

Et cette solution s'impose, que l'on considère l'obligation de rapporter comme une condition suspensive, ou comme une condition résolutoire.

Mais l'objection suivante nous est immédiatement faite ; elle est formulée par l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1904 (1) ; les articles 829 et 830 règlent les

(1) S. 1905, 1, 173.

rapports des cohéritiers entre eux seulement, et le droit au prélèvement n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires de l'un d'eux.

Nous dirons de suite que l'intention manifeste du législateur dans les termes de ces deux articles est contraire à cette prétention. Le but incontestable des rapports et des prélèvements est d'aboutir d'une façon plus sûre à l'égalité entre copartageants, en évitant l'exercice de toutes actions récursoires et le concours des créanciers du copartageant débiteur. Si les articles 829 et 830 n'existaient pas, la créance de 10.000 francs de Quartus contre Secundus se diviserait de plein droit entre chacun des trois cohéritiers. La créance de 3333 fr. 33 qu'aurait Tertius sur lui-même s'éteindrait par confusion. Quant à Primus et Secundus, ils demeureraient créanciers de leur copartageant pour pareille somme, mais ils risqueraient fort de n'obtenir qu'un paiement partiel, si Tertius était insolvable ou s'ils devaient subir le concours d'autres créanciers de ce dernier. Ils pourraient même ainsi voir leur créance réduite à néant. La règle du rapport en moins prenant a précisément pour but de prévenir cette injustice.

Et la Cour de cassation elle-même a consacré cette règle que le cohéritier exerce son prélèvment à titre de propriétaire. Cela eut lieu il est vrai dans des espèces où l'on n'avait pas invoqué l'effet déclaratif du partage.

Dans un arrêt du 8 février 1882 (1) statuant sur une

(1) S. 82, 1, 224.

liquidation de société, on lit : « Attendu que si l'un des associés détient ou a reçu précédemment des sommes ou valeurs faisant partie de l'actif commun, le principe essentiel de l'égalité entre copartageants exige qu'il en fasse compte en moins prenant aux autres ayants droit, lesquels doivent être admis à prélever sur les biens composant la masse une portion égale à celle dont ledit associé est déjà saisi ; qu'enfin les attributions faites aux copartageants des divers éléments de l'actif à répartir sont reçues par eux, non à titre de créanciers, mais à titre de propriétaires. »

Un arrêt du 29 mars 1892 (1) est plus formel encore. C'était le cohéritier débiteur lui-même qui s'était rendu adjudicataire, mais il n'avait pu payer son prix et les immeubles remis en adjudication avaient été vendus à des étrangers. C'est donc sur le prix dû par des étrangers que le créancier d'un des cohéritiers demandait à être colloqué en vertu de l'hypothèque à lui consentie. La Cour suprême a repoussé sa prétention : « Attendu que le cohéritier débiteur n'ayant été saisi de sa part dans la succession qu'à la charge du rapport des dettes, ses créanciers personnels ne pouvaient avoir plus de droit que lui-même. Attendu que les cohéritées d'E. H. avaient sur les biens de la succession et par l'effet du rapport des dettes un droit de préférence sur les créanciers personnels d'E. H. »

(1) S. 96, 1, 497.

La Cour de cassation n'a même pas reculé devant l'expression « droit de préférence ». Le rapport des dettes est donc toujours opposable aux créanciers personnels de l'héritier débiteur, et il est donc absolument inexplicable que la Chambre civile dans son arrêt du 21 juin 1904 ait méconnu ce principe.

C'est donc sur les articles 2124, 2125, 2205, 829, 830 et 831 du Code civil que nous basons notre argumentation. Et cette thèse semble avoir été adoptée par les Cours d'appel dans leurs arrêts les plus récents : la Cour de Besançon dans un arrêt du 15 novembre 1901 (1), la Cour de Bourges, le 2 décembre 1903 (2). La Chambre civile a, il est vrai, et malgré les conclusions contraires de M. l'avocat général Sarrut, cassé ces deux arrêts le 21 juin 1904 (2).

L'espèce de la Cour de Besançon a été renvoyée devant la Cour de Lyon qui le 29 mars 1905 (3), toutes chambres réunies, a refusé de s'incliner devant l'opinion de la Cour suprême, et a donné la préférence aux cohéritiers créanciers du rapport sur le créancier hypothécaire de l'héritier débiteur du rapport. Par suite les Chambres réunies de la Cour de cassation sont en ce moment saisies de la question.

(1) S. 1905, 2. 89 et la note de M. Wahl.
(2) S. 1905, 1, 273 et la note de M. Wahl.
(3) S. 1905, 2, 243. D. 1906, 2, 27.

On trouve encore en ce sens deux arrêts de la Cour de Dijon des 2 décembre 1903 (1) et 27 décembre 1905 (2), un arrêt de la Cour d'Agen du 30 janvier 1905 (3).

Les Cours d'appel sont donc en contradiction flagrante avec la Cour suprême.

Nous nous contenterons de citer quelques passages de leurs principaux arrêts.

La Cour de Besançon, le 15 novembre 1901, motive ainsi son arrêt :

« Attendu que le droit de prélèvement au profit des « cohéritiers, quand il est régulièrement exercé, crée « un droit de préférence opposable même au créancier « hypothécaire de l'un des cohéritiers sur un immeuble « indivis, par cette raison que les articles 829 et 830 « sont opposables à ce dernier, et ne sont point, comme « le soutient l'appelant, limités au rapport des héritiers « entre eux ; que d'ailleurs ce droit au prélèvement n'est « qu'une application spéciale aux opérations du partage « du principe général de la compensation des dettes ; « qu'il est certain que de simples créanciers chirogra- « phaires ne peuvent en contester l'application, et qu'ils « y sont jusqu'à présent du moins entièrement soumis ; « que, de même, le créancier hypothécaire sur l'immeu- « ble indivis conservera sa créance ; que son hypothèque « frappera l'immeuble adjugé à un tiers dans la propor-

(1) S. 1905, 2, 89. D. 1905, 2, 389.
(2) D. 1906, 2, 28. Conclusions de M. l'avocat général Poulle.
(3) Gaz. Pal., 29 juillet 1905, p. 2.

« tion de la part revenant à son débiteur, mais que lors « de la distribution du prix, le créancier du cohéritier « sera primé par le droit de prélèvement des autres cohé- « ritiers et ce jusqu'à concurrence de l'extinction de la « dette contractée par le débiteur envers la masse de la « succession. Attendu que méconnaître ce droit de pré- « férence des cohéritiers entre eux, équivaudrait à dire « que les articles 829 et 830 ne sont applicables que dans « les rapports des cohéritiers entre eux ; qu'ainsi on en- « lèverait à ces textes leur principale raison d'être, celle « par laquelle le législateur s'est efforcé d'assurer, autant « qu'il était en son pouvoir, le principe fondamental qui « règle notre droit successoral, l'égalité. »

Le 21 juin 1904 (1) la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour de Besançon :

« Attendu que si, aux termes des articles 829 et 830 « du Code civil, les cohéritiers auxquels il est dû un « rapport de dettes, peuvent en prélever le montant sur « la masse de la succession, ce prélèvement ne saurait « toutefois en l'absence d'une disposition légale expres- « se, s'exercer sur le prix d'un immeuble successoral « au préjudice des droits d'un créancier nanti d'une « hypothèque sur ledit immeuble, et que cette règle s'ap- « plique notamment à l'hypothèque constituée pendant « l'indivision par l'héritier tenu au rapport, lorsqu'elle « a conservé son effet en cas de licitation, par le fait que

(1) S. 1905, 1, 275.

« l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers étran-
« ger à la succession. »

L'affaire fut renvoyée devant la Cour de Lyon, qui le 29 mars 1905 (1), toutes chambres réunies, fut de l'avis de la Cour de Besançon. Son arrêt est encore plus formel :

« *Attendu que nul ne peut céder à autrui des droits autres et plus amples que ceux qui lui appartiennent ;* qu'aux termes de *l'article 2125 du Code civil*, ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

Or, considérant que, *jusqu'au partage, le droit de chacun des cohéritiers, assuré dans son principe, est incertain dans son étendue et dans son objet ;* s'il s'agit d'immeubles de la succession, tout cohéritier pourra, par la fiction de *l'art. 883* du Code civil être considéré comme n'ayant jamais été propriétaire ; s'il s'agit de l'actif mobilier, l'étendue des droits individuels est subordonné au résultat du partage, et spécialement, comme dans l'espèce à l'application des *articles 830 et 831.*

Considérant qu'aux termes des articles 829, 830, 831 du Code civil et 978 du Code de procédure civile, le rapport des dettes et le prélèvement qui lui est corrélatif

(1) S. 1905, 2, 242.
D. 1906, 2, 27.

sont en principe préliminaires à la formation des lots. Que c'est seulement quand ces opérations de prélèvements et rapports sont terminées, et quand les lots ont été composés, que les droits des successibles sont définitivement fixés, assis sur des parts distinctes, et que les créanciers personnels de chacun d'eux peuvent faire valoir leur droit de créance sur le lot qui a été attribué à leur débiteur ; *qu'il n'y a donc pas en réalité conflit entre le droit de prélèvement des cohéritiers et le droit hypothécaire des créanciers du successible débiteur, mais antériorité formellement accordée par la loi à l'exercice du droit de prélèvement.*

Que cette antériorité alors même qu'elle ne serait pas consacrée par un texte légal, résulterait forcément de la qualité différente des parties et de la nature différente des droits des parties, d'une part droit de propriété général, d'autre part droit de créance contre le débiteur personnellement et non contre la succession entière, ayant pour garantie, non la nature successorale, mais uniquement la part du successible débiteur. »

Enfin, la Cour de Dijon le 27 décembre 1906 (1) s'exprime ainsi :

« Qu'il suit de là, que lorsque la valeur des biens à rapporter est égale ou supérieure à sa part héréditaire, il (l'héritier qui doit le rapport) doit, *non en vertu de la*

(1) D. 1906, 2, 28.

fiction de l'article 883 du Code civil, mais à raison de la confusion sui generis imposée par l'article 830, être considéré comme n'ayant jamais eu de droits à exercer sur les biens laissés par l'auteur commun, lesquels se sont trouvés affectés exclusivement à assurer la part des autres successibles.

Que n'ayant ainsi jamais été copropriétaire des biens composant réellement la succession, il n'a pu, directement ou indirectement, en disposer, nul ne pouvant concéder à autrui plus de droits qu'il n'en à lui-même, et que dès lors ses créanciers ne peuvent faire valoir une hypothèque de son chef sur le prix des immeubles vendus, *puisque ces immeubles ne lui ont jamais appartenu.* »

Toutes les Cours d'appel saisies de la question se sont donc nettement prononcées contre la jurisprudence de la Cour de cassation ; elles ont d'ailleurs été encouragées dans cette voie par la pratique notariale et la plupart des auteurs.

CHAPITRE IV

Moyens pour les copartageants de celui qui a hypothéqué l'immeuble indivis, d'éviter les conséquences de la jurisprudence de la Cour de Cassation, au cas de licitation de cet immeuble au profit d'un tiers

Nous espérons que l'on fera voter une proposition de loi modifiant les articles 882, 883, 1220 et 1221, ou que la Cour de cassation, toutes Chambres réunies, se décidera à modifier sa jurisprudence. Mais, en attendant, mieux vaut rechercher par quels moyens pratiques les copartageants de celui qui a constitué hypothèque sur sa part dans les immeubles indivis pourront se préserver des conséquencs néfastes, qu'entraîne pour eux l'application de cette jurisprudence.

Section I

PREMIER MOYEN

Adjudication au profit d'un communiste.

Le moyen le plus sûr d'éviter les conséquences d'une pareille situation est évidemment de l'empêcher elle-même de se produire. Un des communistes n'aura qu'à se ren-

dre adjudicataire de l'immeuble indivis ; les dispositions de l'article 883 s'appliqueront alors entièrement, aucune difficulté ne pourra s'élever, et la régularité du partage pourra être assurée, malgré la présence d'un héritier insolvable. Mais encore faut-il pour cela, qu'il se trouve un communiste suffisamment riche et hardi, pour consentir à courir les risques d'une telle opération, qui nécessitera souvent des frais considérables.

Il pourra, il est vrai, s'entendre avec les autres communistes solvables pour la revente de l'immeuble ou des immeubles qu'il se sera fait adjuger, et partager ainsi avec eux le gain ou la perte qui peuvent en résulter ; mais cette combinaison n'aboutira pas toujours.

Section II

DEUXIÉME MOYEN

Partage antérieur à la licitation

Ce moyen nous est indiqué par un arrêt de la Cour de cassation (Chambre civile) du 18 juin 1900 (1). Cet arrêt porte, que si l'article 883 est sans application, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, lorsque l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers, il en est autrement, quand, par une convention antérieure à la licitation, les cohéritiers ont liquidé tous leurs droits et fixé définitivement leurs parts dans les valeurs succes-

(1) S. 1900, 1, 361. D. 1906, 1, 41.

sorales y compris le prix à provenir d'un immeuble qui doit être licité. Cette convention de partage, mettant fin à l'indivision, doit produire les effets déterminés par l'article 883 du jour où elle est intervenue, et, c'est par suite à cette date qu'est fixé le sort des droits constitués pendant l'indivision sur les immeubles successoraux.

L'espèce de cet arrêt était la suivante : une succession était échue par moitié au fils et à la fille de la défunte. Pendant l'indivision, le fils emprunta de diverses personnes une somme assez élevée en conférant hypothèque sur moitié d'un important domaine qui dépendait de la succession.

Plus tard, un des créanciers du fils intenta une action en partage de cette succession, le Tribunal ordonna la liquidation avec commission d'un notaire et nomination d'experts chargés de visiter et d'évaluer les immeubles. Quelques mois après, le Tribunal décida que préalablement à la visite des immeubles, et, s'il y avait lieu, à leur licitation, le notaire commis établirait les comptes existant entre les deux héritiers, et que, si un reliquat était constaté en faveur de l'un d'eux, celui-ci prélèverait une valeur égale sur le prix des immeubles en cas d'insuffisance du mobilier. Conformément à ces dispositions l'état liquidatif fut dressé et homologué en présence des créanciers du fils. Les droits des héritiers étant fixés, on stipula que les prélèvements et rapports seraient effectués sur l'un des immeubles, celui dont le fils avait hypothéqué sa moitié indivise.

La vente de ce domaine fut décidée et le cahier des charges précisa les conditions dans lesquelles s'était opérée entre les cohéritiers la liquidation de leurs droits d'une manière définitive, et obligea l'adjudicataire à s'y conformer en se libérant, sans qu'on put lui opposer les empêchements provenant de la situation hypothécaire de l'un ou de l'autre des attributaires.

L'adjudication fut prononcée au profit d'un tiers, qui se libéra entre les mains de la fille de la part de prix revenant à celle-ci selon la liquidation, et consigna le surplus, qui revenait au fils, à la disposition de qui de droit.

Cette part du fils fit l'objet d'un ordre judiciaire, mais les créanciers firent appel devant la Cour d'Angers, prétendant qu'en conformité de l'article 1220 l'ordre devait porter sur la part virile du fils dans le prix, c'est-à-dire sur moitié de ce prix, selon la dernière jurisprudence de la Cour de cassation.

La Cour d'Angers écarta cette prétention par arrêt du 7 décembre 1897, en distinguant entre le cas où la vente précède tout partage et celui où la vente suit le partage, et en disant que chacun des héritiers peut être considéré comme vendeur : dans le premier cas de sa part virile, dans le second cas de sa part effective à prendre sur l'immeuble vendu ou sur son prix.

Il y eut pourvoi en cassation, et par l'arrêt précité du 18 juin 1900 (1), la Cour suprême confirma celui de la

(1) S. 1900, 1, 361.

Cour d'Angers en se basant sur le même motif. Elle décida :

« Que, si l'article 883 est sans application, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, lorsque l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers qui n'avait antérieurement aucun droit sur les immeubles acquis, et, si, dans ce cas, les droits constitués pendant la durée de l'indivsion subsistent sur les biens licités avec tous les effets juridiques, que leur a donnés la convention des parties ; *il en est autrement quand, par une convention antérieure à la licitation, les cohéritiers ont liquidé tous leurs droits et fixé définitivement leurs parts dans les valeurs successorales y compris le prix à provenir d'un immeuble qui doit être licité ; que cette convention de partage, mettant fin à l'indivision, doit produire les effets déterminés par l'article 883 du jour où elle est intervenue*, et que c'est par suite à cette date qu'est fixé le sort des droits constitués pendant l'indivision sur les immeubles successoraux. »

De même, dans son arrêt du 21 juin 1904 (1) précité, cassant l'arrêt de la Cour de Besançon du 13 novembre 1901, la Cour de cassation, Chambre civile, confirme l'opinion qu'elle avait émise en 1900. Après avoir consacré le principe de sa jurisprudence depuis 1887, principe que nous combattons, elle pose une exception à ce principe, et cette exception n'est autre chose que le

(1) S. 1905, 1, 275.

moyen d'en éviter les conséquences désastreuses. La Cour commence par dire que les droits du créancier hypothécaire d'un communiste inscrit sur l'immeuble indivis licité au profit d'un tiers s'exercent sur la part virile de son débiteur et elle ajoute :

« Attendu qu'il n'en pourrait être autrement *qu'autant qu'un partage intervenu avant la licitation aurait définitivement réglé les droits respectifs des cohéritiers sur le prix de l'immeuble*, et fixé ainsi, par application de l'article 883 du Code civil, le sort des droits constitués sur cet immeuble au cours de l'indivision. »

Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation, justement effrayée elle-même des conséquences de sa jurisprudence actuelle, cherche à indiquer les moyens de les atténuer.

Nous allons voir comment l'on peut mettre en usage les conseils qu'elle donne, et nous distinguerons pour leur application deux cas : 1° Licitation volontaire ; 2° Licitation judiciaire.

§ I — *Licitation volontaire*

Lorsque les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits, elles peuvent, par une convention antérieure à la licitation, fixer la part leur revenant dans le prix à en provenir.

Cette convention, qui en réalité est un partage partiel de la succession ou des biens indivis, produira l'effet déclaratif de l'article 883, conformément à la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 18 juin 1900.

Si nous prenons l'exemple, que nous avions donné au commencement de cette étude de la licitation au profit d'un tiers, dans une convention de partage antérieure à la licitation, Primus, Secundus et Tertius exposeront que Quartus avait donné en avancement d'hoirie sur sa succession future à Tertius son fils une somme de 10.000 fr., que parmi les biens dépendant de la succession de Quartus figure un immeuble sur le point d'être licité, et, que Tertius devant le rapport en moins prenant de la somme de 10.000 francs à la succession de Quartus, il y a lieu à prélèvement de pareille somme au profit de Primus et de Secundus sur la masse de ladite succession, conformément à l'article 830 du Code civil.

En conséquence, Primus, Secundus et Tertius, conviendront que, pour être égalisés avec Tertius, Primus et Secundus prélèveront chacun pareille somme de 10.000 francs sur le prix de la licitation à intervenir dudit immeuble ; et que le surplus, s'il y en a, se divisera de plein droit par tiers entre les colicitants conformément à l'article 1220 du Code civil. Toutefois cette convention sera faite sous la condition expresse et suspensive qu'elle sera suivie de la licitation prévue.

Il sera ensuite stipulé que chacun des colicitants sera censé, en vertu de l'article 883, avoir été propriétaire dès la naissance de l'indivision, tant de la somme qui lui est ainsi attribuée dans le prix de la licitation, que de la part d'immeuble dont ce prix est la représentation ; et, par suite, les hypothèques légales et les inscriptions, qui

pourraient exister du chef de l'un ou de plusieurs des colicitants, ne feront pas obstacle au paiement des sommes qui seront attribuées aux autres.

Cette convention de partage minutieusement établie et revêtue de la signature de toutes les parties, l'on pourra procéder sans crainte à la licitation. Et, dans le cahier des charges qui la précédera, si l'immeuble est mis en adjudication, ou dans les conditions de la licitation faite de gré à gré, l'article suivant sera inséré : « Le prix principal de l'adjudication (ou de la cession) devra être payé entre les mains des ayants droit conformément aux indications contenues dans la convention de partage passée entre eux à telle date... » et il sera même bon de rappeler les termes de cette convention.

Les communistes procèdent ainsi à un partage partiel de la succession, d'où effet déclaratif de l'article 883.

Ce procédé, comme l'arrêt sur lequel il est basé, ont été critiqués. On y a d'abord vu l'attribution de l'effet déclaratif du partage à une vente sur licitation effectuée au profit d'un tiers. Cette objection ne nous arrêtera pas, car M. Wahl lui-même reconnaît que cette attribution de la part du constituant dans le prix de l'immeuble à ses cohéritiers est déclarative, comme si elle portait sur l'immeuble lui-même.

Au point de vue juridique, ajoute-t-on, l'on ne peut se distribuer le prix d'une vente qu'autant que cette vente a eu lieu, et l'on ne peut attribuer le caractère d'un partage définitif à l'acte qui attribue un prix inexistant.

S'attribuer le prix antérieurement à une vente, c'est s'attribuer le néant, d'autant plus que cette vente peut ne pas avoir lieu.

L'on peut répondre que cette convention de partage est faite, sous la condition suspensive qu'elle sera suivie de la licitation de l'immeuble, dont le prix futur est partagé. Le Code reconnaît la validité de toute obligation soumise à l'accomplissement d'une condition (article 1168).

Qu'il s'agisse d'un partage du prix, antérieur ou postérieur à la licitation, disent encore les adversaires de ce procédé, il y a autant de raisons de décider dans un cas comme dans l'autre, qu'à la propriété du prix de vente qui ne peut naître que de la vente elle-même s'applique non l'article 883 mais l'article 1220.

Nous avons déja dit notre opinion sur l'article 1220 et démontré qu'il ne peut s'appliquer dans notre cas. De plus notre procédé est expressément visé par les termes de l'arrêt de 1900 : « *y compris le prix à provenir d'un immeuble qui doit être licité ;* cette convention met fin à l'indivision. » Il est vrai, qu'il n'est peut-être pas absolument calqué sur cet arrêt. Dans l'espèce de ce dernier tous les droits des héritiers étaient liquidés, et leurs parts étaient définitivement fixées dans toutes les valeurs successorales, y compris le prix à provenir de l'immeuble à liciter. Le partage antérieur à la licitation était donc partiel au lieu d'être complet. Mais comme il est unanimement admis en doctrine et en jurisprudence que les

règles applicables à un partage de tous les biens dépendant d'une indivision, s'appliquent à un partage partiel, notre procédé est absolument régulier.

Enfin, personne ne pourra se plaindre, pas même les créanciers des communistes non attributaires, car si ces créanciers ont le droit d'intervenir au partage (art. 882), ils ne peuvent pas attaquer un partage consommé, quand ils n'y sont pas intervenus.

Bien entendu cette convention de partage partiel de la succession, contenant attribution du prix de la vente d'un immeuble successoral avant sa réalisation, a besoin pour sa validité du consentement exprès de toutes les parties, qui doivent donc être majeures et capables.

§ II. —*Licitation judiciaire*

Lorsque, par suite de l'incapacité de l'un des communistes ou de son refus de consentir à un partage à une licitation volontaire, l'on doit procéder judicairement, pourra-t-on prévenir les facheuses conséquences de cette jurisprudence.

Le moyen paraît être dans une application plus stricte des dispositions de la loi en matière de partage.

En effet la marche qui a été tracée par le législateur en matière de partage judiciaire n'est pour ainsi dire plus suivie, et, dans la pratique, la licitation d'immeubles précède presque toujours la liquidation des droits des parties ; le notaire liquidateur établit ses comptes plus tard;

avant la licitation il se contente de réunir les éléments de son travail, de rechercher les documents, et d'écouter les explications des parties.

Or quelle est la marche indiquée par la loi !

Tout d'abord on estime les biens meubles et immeubles art. 824, 825 C. c. On les vend *s'il y a lieu ;* la vente des biens héréditaires est une mesure exceptionnelle, et la vente des immeubles n'est en principe nécessaire que dans un cas, celui où ils ne peuvent se partager commodément. La règle est l'attribution en nature aux divers copartageants des biens héréditaires.

On doit avant de s'occuper du partage en nature des biens meubles et immeubles liquider les droits respectifs des copropriétaires. Dans ce but, on procède devant le notaire à ce commis par le Tribunal aux comptes, rapports, formation de masse, prélèvements, compositions des lots et fournissements, ainsi qu'il est ordonné par les articles 828 du Code civil et 976 du Code de procédure civile.

C'est cette opération que la pratique désigne par le mot *liquidation*, qu'on ne trouve écrit nulle part dans la loi.

Et lorsqu'elle est terminée, comme le porte en termes formels l'article 978 du Code de procédure civile, les parties ou l'expert désigné procèdent à la formation des lots par un rapport « qui sera rédigé et reçu par le notaire à la suite des opérations précédentes. » Art. 979 C. pr. c.

C'est précisément après la liquidation et le rapport des experts que l'on pourra apprécier s'il y a nécessité de provoquer la licitation avant de composer les lots et de les tirer au sort.

Que fait-on en pratique ? L'exemple le plus fréquent est le suivant : une succession s'ouvre, la situation est assez compliquée, il y a un passif, un actif, des rapports à faire, des prélèvements à opérer. Le soin le plus empressé du conseil de l'une des parties est de lui faire engager une instance en liquidation et partage de ladite succession, mais avec licitation préalable à la barre du Tribunal des immeubles en dépendant.

Pourtant, dans la plupart des cas, la succession aurait pu être partagée commodément en nature. Le travail, il est vrai, aurait été plus long, mais aussi, avec la jurisprudence actuelle, ses conséquences moins néfastes aux intérêts de certains communistes.

Mieux vaut appliquer les règles expressément écrites dans la loi ; et il ne paraît pas possible qu'un tribunal, si on le lui demande, n'ordonne pas, préalablement à tout partage en nature, ou à toute licitation, qu'il sera procédé tout d'abord à la liquidation des droits des parties, au règlement des comptes existant entre elles, au rapport en nature s'il est possible, aux prélèvements nécessaires, et qu'il ne remette à statuer sur le point de savoir, s'il y a lieu à licitation ou à partage, lorsque ces questions auront été préalablement tranchées.

Pratiquement, quelles seront les conséquences de cette marche de la procédure

1° Il en résultera d'abord que tout intéressé pourra se rendre compte du point de savoir si ses cohéritiers sont en mesure de rapporter les sommes dont ils peuvent être déclarés comptables vis-à-vis de lui, et d'apprécier, le cas échéant, de quels immeubles il doit tout d'abord demander à exercer le prélèvement pour se couvrir de ce qui peut lui être dû. Sans doute, ce mode de procéder aura quelquefois l'inconvénient d'amener un héritier à demander le prélèvement d'un immeuble dont il ne saura que faire. Mais mieux vaut cela pour lui, que de courir le risque de voir la moitié du prix accaparé par un créancier hypothécaire de son cohéritier. S'il opte pour ce prélèvement en nature, il n'y aura pas lieu à licitation judiciaire.

2° Mais si la licitation judiciaire est nécessaire, le prélèvement en nature étant impossible, ou le cohéritier intéressé refusant de l'exercer, ce dernier aura un deuxième moyen de sauvegarder ses droits. Il pourra demander qu'aux termes de la liquidation des droits des parties, il soit stipulé qu'il exercerait son prélèvement sur le prix à provenir d'un immeuble indivis. Et cette stipulation sera rappelée dans une clause du cahier des charges précédant la licitation ; l'adjudicataire devra s'y conformer. Le notaire commis pourra même avant la licitation reconnue nécessaire faire homologuer par le tribunal le travail préliminaire des comptes entre les copartageants. En suivant cette procédure dans les opérations de partage le cohéritier, qui a un prélèvement à opérer, pourra donc opter entre deux partis.

Cette manière de faire est assurément sage et légale ; elle n'est que la mise en pratique des prescriptions contenues dans le Code, et nous pensons qu'elle est souvent suivie quand le notaire commis dirige l'affaire lui-même ; elle l'a été notamment dans l'espèce de l'arrêt du 18 juin 1900.

M. Wahl, dans la savante note qu'il a écrite sous l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1904 (1), se refuse néanmoins à l'approuver, et il en conteste la légalité. Il estime que le tribunal ne peutordonner de procéder ainsi qu'avec le consentement de tous les copropriétaires, y compris celui qui a constitué l'hypothèque. Et, comme les parties majeures seules peuvent donner un consentement valable, deux conditions devraient être réunies : unanimité de consentement, et majorité de toutes les parties. Mais il arrive à cette conclusion, en partant du principe, contraire au nôtre, que la liquidation des droits des parties ne peut précéder la liquidation, et qui résulte implicitement, dit-il, d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 mai 1903 (2).

Or, cet arrêt est absolument étranger à la question, il vise une espèce entièrement différente et où se posait la question suivante : les cohéritiers peuvent-ils s'occuper immédiatement de la formation des lots et du tirage au sort, sans être obligés de procéder préalablement devant

(1) S. 1905, 1, 273, note de Walh.
(2) S. 1903, 1, 528 et la note.

le notaire commis au règlement des rapports, prélèvements et fournissements qu'ils se doivent entre eux.

La Cour suprême a répondu : si en principe la liquidation des droits des parties doit précéder la composition des lots, il peut en être différemment, lorsque les parties d'ailleurs majeures et capables, sont d'accord pour intervertir l'ordre des opérations. Le principe de la liberté des conventions, dit-elle, le veut, car il ne s'agit pas ici de dispositions d'ordre public. La volonté des parties pourrait donc alors modifier l'ordre légal des opérations du partage ; en l'espèce l'ordre des opérations était simplement interverti, et les parties conservaient le droit de procéder au règlement des rapports et des prélèvements après la formation des lots, comme elles auraient pu le faire auparavant.

Mais l'arrêt de 1903 ne peut servir de base à M. Wahl pour critiquer la solution que nous recommandons.

Nous prétendons tout simplement, en nous appuyant sur les articles du Code, que l'ordre légal des opérations du partage n'est pas celui suivi le plus souvent en pratique. Légalement et rationnellement, la liquidation doit précéder la licitation. Ce mode de procéder étant légal, la présence des mineurs importera peu, le consentement de tous les communistes n'est pas davantage nécessaire, le jugement du tribunal suffit.

Les deux arrêts de la Cour de cassation du 18 juin 1900 et du 21 juin 1904 sont conformes à notre thèse. A-t-on indiqué dans ces arrêts les conditions posées par M. Wahl

dans sa note ? Certes non, la Cour a posé un principe général.

Aussi M. Wahl ajoute-t-il « Dans l'espèce de l'arrêt du « 18 juin 1900 la liquidation des droits des parties avait « été faite antérieurement à la licitation, *probablement* « parce que les parties majeures et capables y avaient « toutes consenties. » Or il ne résulte pas des termes de cet arrêt, que les parties étaient majeures et capables et qu'elles avaient toutes donné leur adhésion à la procédure suivie.

Et d'ailleurs, lorsqu'on se trouve en face de parties majeures l'on procède rarement à un partage judiciaire, cette opération coûteuse et longue est toujours écartée si une entente amiable est possible entre elles. Et dans notre espèce, hypothèque sur des biens indivis, cette entente prendra la forme de la convention de partage indiquée ci-dessus. Cette convention signée, l'on procédera à la licitation volontaire des immeubles.

Si au contraire les parties ne sont pas toutes majeures, ou si toutes majeures, elles se refusent à procéder amiablement, le partage judiciaire est inévitable, c'est alors que l'une d'elles, connaissant les affectations hypothécaires consenties par l'un des communistes sur sa part indivise dans les immeubles successoraux, engagera une instance en liquidation et partage, et demandera au tribunal d'ordonner que la liquidation des droits des parties sera faite par les soins de tel notaire par lui commis, et que postérieurement il sera procédé à la licitation des immeubles indivis, si cela est nécessaire.

Nous sommes convaincus que tout tribunal fera droit à pareille demande. Les défendeurs à l'instance en partage pourront présenter toutes conclusions contraires, ils ne l'emporteront pas. Ils ne pourront contester la légalité de la procédure proposée. Diront-ils qu'elle n'est pas susceptible d'être employée en face de la minorité de l'une des parties ou du défaut de son consentement Mais jamais une décision prise par un tribunal, n'a besoin comme condition essentielle de la possibilité de son exécution, de la ratification de toutes les parties en cause ou de leur majorité.

Section III

TROISIÈME MOYEN
Privilège du copartageant

Le deuxième moyen que nous avons indiqué n'est pas toujours possible au cas de licitation volontaire, puisqu'il nécessite le consentement de tous les communistes et les suppose capables. Et au cas de licitation judiciaire, nous reconnaissons qu'il est peut-être difficile à employer en pratique.

Il faudrait donc que, pour éviter les conséquences fâcheuses d'une licitation au profit d'un tiers, les communistes aient à leur disposition un moyen facile et efficace, dépendant seulement de la volonté de celui d'entr'eux qui voudra l'employer.

On le trouve dans le privilège du copartageant. « L'égalité est l'âme du partage ». Pour l'établir, dit M. Bau-

dry Lacantinerie, la loi a créé l'action en rescision ; pour la maintenir, l'action en garantie et le privilège du copartageant.

« Les cohéritiers demeurent respectivement garants les uns envers les autres des troubles et évictions, seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage. La garantie n'a pas lieu si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage ; elle cesse, si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'éviction.» Tels sont les termes de l'article 884

Quatre conditions sont donc requises pour qu'il y ait lieu à la garantie qui nous occupe :

1° Que l'un des copartageants ait subi une éviction ou tout au moins un trouble. L'héritier sera considéré comme évincé, et par suite il y aura lieu à garantie, s'il ne conserve pas la chose ou une partie de la chose mise à son lot.

2° Que l'éviction ou le trouble procède d'une cause antérieure au partage.

3° Que l'espèce d'éviction n'ait pas été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage.

4° Que le cohéritier ne souffre pas l'éviction par sa faute ou même par son fait.

La loi fortifie cette action en garantie en y attachant le privilège du copartageant. Et l'article 2103 déclare privilégiés : « 3° les héritiers (et il en est de même pour les autres copartageants en général) sur les immeubles de la succession pour la garantie des partages faits entre eux et des soultes ou retour de lots. »

« *Pour la garantie des partages*, dit la loi ; le privilège accordé aux copartageants a pour but de maintenir l'égalité entre eux en les garantissant réciproquement de toutes les pertes qui auraient pour résultat de rompre cette égalité. Ce privilège s'applique donc à la garantie de toutes les valeurs, soit mobilières, soit immobilières, qui, dépendant de la masse, comme choses principales ou comme choses accesoires, ont été comprises au partage et assignées à un ou plusieurs des copartageants, et notamment aux rapports à faire entre cohéritiers ainsi qu'aux restitutions de fruits dus par l'un des copartageants. (1) »

En reprenant notre exemple :

Primus et Secundus sont évincés après partage des 6.666 fr. 66 formant le tiers du prix de licitation prélevé par le créancier hypothécaire de Tertius, soit une éviction de 3.333 fr. 33 pour chacun d'eux. Ils ont le droit à garantie à raison de cette éviction et par suite aussi au privilège du copartageant sur les immeubles de la succession.

Bien entendu, il faut que les conditions exigées par l'article 884 soit remplies.

Ce privilège du copartageant porte « sur les immeubles de la succession. » Tous sans exception en sont grevés, ceux licités comme les autres, pourvu qu'ils proviennent de la succession (2). En conséquence, dans notre espèce

(1) Aubry et Rau, III, p. 220.

(2) Aubry et Rau, p. 172. Demolombe, T. XIII, n° 369, Cass., 15 janvier 96. S. 96, 1, 498.

l'immeuble licité sera grevé du privilège des copartageants Primus et Secundus.

Ce privilège inscrit dans les délais légaux sur la part qui appartient à Tertius dans l'immeuble licité remontera à l'origine de l'indivision et primera les hypothèques conférées plus tard par Tertius sur l'immeuble indivis.

Pour produire cet effet, il faut que ce privilège soit inscrit dans les délais légaux qui sont : de 45 jours pour la conservation du droit de suite (art. 6. L. 23 mars 1855), et de 60 jours pour la conservation du droit de préférence (art. 2109). Ce dernier article fait courir ces délais « de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation. » Les mots « adjudication sur licitation » ne visent peut-être pas la licitation au profit d'un tiers, mais les mots « à dater du partage » signifient, à dater de tout acte qui fait sortir de l'indivision les immeubles affectés au privilège, quand bien même la liquidation définitive de l'indivision qui fixera les droits des parties n'aurait lieu qu'ultérieurement.

Au cas de licitation au profit d'un tiers, par le seul fait de la licitation, l'immeuble sort de l'indivision. Mais l'opération est complexe, et il y a ainsi deux privilèges juxtaposés sur le même immeuble, et contre des personnes différentes : 1° le privilège du vendeur qui sera inscrit d'office par le conservateur, sur la transcription de l'adjudication, au profit de tous les colicitants, contre le tiers adjudicataire ; 2° le privilège du copartageant, qui sera inscrit seulement sur la réquisition de l'un des colicitants,

et à son profit exclusif, contre celui d'entr'eux, qui, débiteur d'un rapport, et ayant de plus grevé d'hypothèques sa part indivise, peut devenir insolvable.

La jurisprudence de la Cour de cassation, elle-même voit dans cette licitation un acte qui fait cesser l'indivision, puisque le prix d'après elle, se divise de plein droit entre les colicitants proportionnellement à leur part virile (art. 1220), de telle sorte que chacun d'eux doit être considéré comme ayant toujours été propriétaire de cette portion de l'immeuble, sur laquelle la même Jurisprudence maintient expressément les droits réels qui ont grevé l'immeuble durant l'indivision du chef de chaque colicitant.

En conséquence le délai pour inscrire le privilège court à dater de la licitation.

Il nous reste à savoir pour quelle somme il faut l'inscrire. Quand on prend inscription pour garantie d'une soulte, c'est pour le montant de cette dernière, qui est toujours connu, que l'on inscrit le privilège. Mais ce n'est pas notre cas. On soutient quelquefois que l'on n'a pas besoin de fixer le chiffre des sommes garanties par ce privilège. Un arrêt de la Cour de Toulouse (1) du 20 mai 1881 est conforme à cette opinion ; mais la plupart des auteurs estiment que le principe de la spécialité en matière hypothécaire ne reçoit pas exception ici. Il est d'ailleurs plus prudent de fixer un chiffre, et peu importe

(1) S. 82, 2, 81.

que la créance soit éventuelle ; le copartageant qui veut se prémunir contre un recours possible n'a qu'à évaluer les sommes qu'il pourrait être obligé de payer en l'acquit d'un autre communiste.

En l'espèce, si Primus et Secundus prennent la précaution de demander un état hypothécaire du chef de Tertius sur l'immeuble indivis, ils apprendont que chacun d'eux est exposé à payer le tiers de la dette de ce dernier ; c'est donc pour la conservation de ce capital qu'ils prendront chacun inscription.

Ce troisième moyen, pour un communiste, de se préserver, en cas de licitation au profit d'un tiers, des conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation, est justifié par un jugement rendu par le tribunal de la Seine le 12 avril 1904 (1) et dont voici les termes :

« Attendu qu'il est généralement admis en jurisprudence, que le privilège résultant de l'article 2109. C. civ. garantit le copartageant des évictions pouvant provenir aussi bien des tiers que de son copartageant.

« Attendu d'autre part qu'aux termes de l'article 2095 du même code, le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires ; que, comme conséquence de ces principes, l'inscription prise dans les 60 jours du partage ou de la liquidation remonte, quant au droit de préférence, à la date même de ces actes et

(1) Gaz. Pal. 1904, 1, 669- le Droit, 14 décembre 1904.

assure ainsi au copartageant la priorité sur les créanciers hypothécaires de son copartageant, même antérieurement inscrits.

Attendu, en fait, qu'aux termes d'un acte reçu par Mathis, notaire à Alger le 11 juillet 1901, la Vve Ch. Colette et sa fille Hélène Colette, depuis épouse Maréchal, ont pour garantie d'une obligation totale de 58.751 fr. 85 en principal consenti au profit de Lœbet Levy et Vaissier une affectation hypothécaire de leur part de l'immeuble dépendant de la succession de Joseph-Alfred Colette, et indivis entre elles et les demoiselles Lefèbure et la dame Doniau, qu'en vertu de cette obligation Lœbet Levy et Vaissier ont pris inscription au premier bureau des hypothèques de la Seine le 19 juillet 1901.

« Attendu que, postérieurement, et à la date du 22 octobre 1901 l'immeuble indivis a été mis en vente et adjugé à un tiers, et que suivant état dressé par Tansard, notaire, le 28 octobremême mois, il a été procédé à la liquidation de la succession de Joseph-Alfred Colette entre ses ayants cause ; qu'une inscription de privilège de copartageant a été prise le 21 décembre 1901 au nom de la demoiselle Lefébure et de la dame Doniau.

« Attendu qu'il résulte de ce qui précède que si l'on se place soit au 22 octobre 1901, date de la licitation, soit à celle du partage (28 octobre suivant) le privilège de copartageant a été régulièrement inscrit dans les soixante jours rigoureusement impartis pour sa conservation : qu'en vertu du principe que les créanciers privilégiés

d'un débiteur sont toujours préférés aux créanciers hypothécaires de ce même débiteur, le privilège de copartageant doit produire effet et primer l'hypothèque des créanciers de son copartageant, et même celle dont l'inscription a été prise antérieurement.

« Attendu que c'est donc à bon droit que le réglement provisoire a colloqué la demoiselle Lefébure et la dame Doniau par privilège de copartageant et antérieurement à l'hypothèque de Lœbet Levy et Vaissier pour toutes les sommes en principal, intérêts et frais, dont elles se trouvent évincées par suite des collocations établies au profit de ces créanciers des ayants droit de Ch. Colette ; qu'il doit être maintenu sur cepoint. »

Ce jugement est excessivement intéressant ; et il fut précédé des remarquables conclusions de M. le substitut Brouchot, que rapporte intégralement la *Gazette du Palais*.

La solution qu'il consacre, a, il est vrai, été condamnée par la Cour de cassation dansun arrêt du 19 octobre 1896 (1). Cet arrêt décide que lorsqu'une licitation se dénoue au profit d'une personne étrangère à l'indivision, le privilège du copartageant ne peut être exercé sur l'immeuble ; les cohéritiers dans ce cas ne pourraient exercer que le privilège du vendeur. Mais ce n'est là qu'une conséquence de la jurisprudence que la Cour suprême a adoptée depuis 1887 sur l'interprétation de l'article 883.

D'après le jugement rendu par le tribunal de la Seine,

(1) S. 98, 1, 41,

il y aurait au contraire deux privilèges juxtaposés sur l'immeuble licité. Et cette décision est absolument conforme à la nouvelle Doctrine, qui s'affirme de plus en plus chaque jour, soutenue par les Cours d'appel, la majorité des auteurs et la pratique notariale, et qui se refuse à voir, uniquement et au regard de tous, une vente dans la licitation au profit d'un tiers.

CONCLUSION

Arrivés à la fin de cette étude, il nous est permis de dire que l'hypothèque sur des biens indivis constitue, d'une part, une garantie incertaine et souvent illusoire pour le créancier auquel elle est donnée, et d'autre part, au cas où l'indivision cesse par une licitation au profit d'un tiers, une cause de trouble et souvent de dépossession pour les copartageants du communiste qui l'a conférée.

Nous n'irions pas jusqu'à conseiller l'extrême prudence du Crédit Foncier de France qui refuse de prêter sur un immeuble indivis, mais nous estimons que, au moment de l'affectation hypothécaire, le créancier devra prendre toutes les mesures nécessaires à la consolidation de ses droits, et ce sont ces mesures que nous nous sommes efforcés d'étudier dans notre deuxième partie. Elles sont simples, approuvées par la presque unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, et, employées en temps opportun, elles donnent toujours d'excellents résultats.

Les copartageants du communiste qui a hypothéqué l'immeuble indivis ne se préservent point aussi facilement des conséquences d'une licitation au profit d'un tiers. Les moyens pour eux d'éviter l'application de la jurispruden-

ce actuelle de la Cour de cassation sont complexes et très discutés. Aussi le meilleur vœu que l'on puisse former est celui de voir la Cour de cassation, dans son prochain arrêt toutes Chambres réunies, revenir aux principes qu'elle consacrait jadis et se rallier ainsi à la jurisprudence des Cours d'appel.

Vu : Le président de la Thèse,
Ph. BONNECARRERE.

Vu : Le doyen,
G. BRY.

Vu et permis d'imprimer :

Aix, 23 avril 1907.

Le Recteur de l'Académie,
BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE 5

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE

L'immeuble indivis est attribué ou adjugé sur licitation, au constituant.

§ 1. — Étendue de l'hypothèque 15

§ 2. — Rang de l'hypothèque 15

DEUXIÈME PARTIE

L'immeuble indivis est attribué, ou adjugé sur licitation, à un communiste autre que le constituant

CHAPITRE I. — Situation du créancier hypothécaire. . . . 23

§ 1. — L'extinction de l'hypothèque entraîne-t-elle la disparition du droit de préférence comme du droit de suite 26

§ 2. — Conséquences de la disparition du droit de préférence 33

CHAPITRE II. — Divers moyens pour le créancier hypothécaire d'éviter les dangers qui le menacent. . . 37

Section I. — Premier moyen : Intervention de tous les communistes dans le contrat d'affectation hypothécaire 37

Section II. — Deuxième moyen : Transport par le constituant au profit de son créancier de sa part éventuelle dans les soultes de partage et prix de licitation. Interdiction de procéder à ces actes sans y appeler le créancier hypothécaire. 39
§ 1. — Du transport des soultes de partage et prix de licitation. 39
§ 2. — De l'interdiction de procéder à un partage ou à une licitation hors la présence du créancier. . . . 43
Section III. — Troisième moyen : De l'opposition et de l'intervention dans les partages 45
§ 1. Formes de l'opposition et de l'intervention . . . 46
§ 2. De leur recevabilité 49
§ 3. Effets de l'opposition 49
Section IV. — Quatrième moyen : De l'hypothèque sur les biens à venir du constituant. 56

TROISIÈME PARTIE

L'immeuble indivis est attribué, ou adjugé sur licitation, à plusieurs communistes conjointement.

Section I. — Le constituant n'est pas au nombre des attributaires ou des adjudicataires 65
§ 1. — Attribution conjointe et allotissement. . . . 66
§ 2. Licitation conjointe 68
Section II. — Le constituant est au nombre des attributaires ou des adjudicataires 81

QUATIÈME PARTIE

L'immeuble indivis est adjugé sur licitation au profit d'un tiers.

CHAPITRE I. — Situation du créancier hypothécaire. . . 83
Section I. — Doctrine. 88
Section II. — Jurisprudence de la cour de cassation . 92
§ 1. — Avant 1834 92

§ 2. — De 1834 à 1887 93
§ 3. — Après 1887 99
CHAPITRE II. — Proposition de loi émanant du comité des notaires des départements. 109
CHAPITRE III. — Discussion de la jurisprudence actuelle de la cour de cassation. 115
Section I. — Point de vue pratique. 115
§ 1. — Des copartageants et du créancier hypothécaire. 118
§ 2. — Du tiers adjudicataire 120
Section II. — Point de vue juridique 122
CHAPITRE IV. — Moyens pour les copartageants de celui qui à hypothéqué l'immeuble indivis d'éviter les conséquences de la jurisprudence actuelle de la cour de cassation au cas de licitation de cet immeuble au profit d'un tiers 138
Section I. — Premier moyen : Adjudication au profit d'un communiste 138
Section II. — Deuxième moyen : Partage antérieur à la licitation 139
§ 1. — Licitation volontaire 143
§ 2. Licitation judiciaire 147
Section III. — Troisième moyen : Privilège du copartageant. 154
Conclusion. 163